



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE A CICLO UNICO IN GIURISPRUDENZA

**IL CONCORDATO DELLA LIQUIDAZIONE E IL
CONCORDATO DI LIQUIDAZIONE**

Relatore:

Ch.mo Prof. Angelo **CASTAGNOLA**

Correlatore:

Dott. Alessio Filippo **DI GIROLAMO**

Tesi di Laurea di:

Giacomo **GIUSTINELLI**

Matr. nr. 849189

Anno Accademico 2018/2019

Ai miei genitori

Ai miei nonni, Giorgio e Miranda

INDICE

Introduzione	6
--------------	---

CAPITOLO PRIMO

LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA E CONCORDATO: UN'INTRODUZIONE SISTEMATICA

1. La funzione istituzionale della liquidazione coatta amministrativa (l.c.a.). Critica alla tesi cd. "estintiva".	9
2. La conclusione della l.c.a.: <i>ubi lex tacuit</i> .	16
3. Origine ed evoluzione normativa del concordato "coattivo".	22
4. La natura giuridica (mista) del concordato.	26
5. Concordato e "crisi di legalità".	30
6. Stato di insolvenza e «insufficienza di attivo».	33
6.1. L'insolvenza dell'impresa bancaria: la particolare rilevanza indiziaria del <i>deficit</i> patrimoniale.	39
7. Concordato e divieto di aiuti di Stato <i>ex art. 107 TFUE: cenni</i> .	42

CAPITOLO SECONDO

LA PROPOSTA DI CONCORDATO

1. I soggetti legittimati.	46
1.1. «L'impresa in liquidazione».	47

1.2. Creditori e terzi	49
2. Il tempo della proposta.	53
3. L'autorizzazione a «proporre».	56
3.1. L'interesse pubblico tutelato.	59
4. Il contenuto oggettivo della proposta.	64
4.1. Le diverse modalità soddisfattive.	66
4.2. Le classi di creditori.	70
4.2.1. L'omogeneità giuridica ed economica.	74
4.2.2. Il trattamento dei creditori suddivisi in classi.	77
4.3. Il pagamento non integrale dei creditori privilegiati.	78
4.4. La cedibilità delle azioni di pertinenza della massa.	82
4.4.1. La cedibilità delle azioni revocatorie fallimentari.	87

CAPITOLO TERZO

L'APPROVAZIONE E L'ESECUZIONE DEL CONCORDATO

1. Il deposito della proposta e la relativa comunicazione.	91
2. Le opposizioni degli interessati.	95
3. Il giudizio dinanzi al tribunale: il procedimento.	99
3.1. Ruolo e contenuto del potere decisorio del tribunale.	102
4. Il reclamo.	106
5. L'efficacia della proposta.	108
5.1. Gli effetti sostanziali.	110
5.2. Gli effetti processuali.	112
6. L'esecuzione.	116

7. La risoluzione e l'annullamento del concordato.	118
8. La riapertura della l.c.a.	122

CAPITOLO QUARTO

IL CONCORDATO BANCARIO DI LIQUIDAZIONE

1. La l.c.a. bancaria nel Quadro Europeo di Risanamento e Risoluzione degli enti creditizi.	124
2. La conclusione della l.c.a. bancaria.	131
2.1. La conclusione per concordato della l.c.a. bancaria.	133
3. I (trascorsi?) motivi di insuccesso del concordato bancario.	134
4. La presentazione della proposta: legittimati attivi e tempo di proposizione.	138
5. Il contenuto (minimo) della proposta.	140
5.1. Il concordato con assunzione (art. 93, co. 3, t.u.b.).	143
6. I pareri degli organi liquidatori e l'autorizzazione della Banca d'Italia.	145
7. Il giudizio di approvazione e le eventuali opposizioni.	149
8. Efficacia ed effetti del concordato: <i>rinvio</i> .	153
9. L'esecuzione.	154
10. La cessazione della procedura: trasformazione dell'impresa o sua definitiva liquidazione.	156
11. La risoluzione e l'annullamento del concordato.	157
Conclusioni	159
Bibliografia	165
Ringraziamenti	173

INTRODUZIONE

Il presente lavoro nasce dal personale interesse per i cd. strumenti di composizione della crisi d'impresa e dalla volontà di approfondire lo studio di una procedura, la liquidazione coatta amministrativa, alla quale, come è noto, è riservata, dagli interpreti, un'attenzione minore rispetto agli altri istituti concorsuali.

Le ragioni di questa scarsa attrazione sono, invero, facilmente identificabili. Da una parte, vi è la sua infrequente applicazione rispetto ad altre procedure, quali il fallimento ed il concordato preventivo; dall'altra, vi è lo scarso interesse mostrato dallo stesso legislatore, che si è, per lo più, limitato ad estendere ad essa le regole di fondo del fallimento e, soltanto di recente, ne ha diversificato la disciplina con riguardo alle banche, agli intermediari finanziari ed alle imprese di assicurazione.

Ciononostante, non può trascurarsi l'importanza che la liquidazione coatta amministrativa riveste nel nostro ordinamento, per essere la sola procedura liquidatoria preordinata alla tutela di interessi che sono, *in primis et ante omnia*, di natura pubblica. Di una tale importanza, del resto, sembrano essere convinti sia il legislatore della Riforma, che, nonostante i contrari avvisi della Commissione "Rordorf", ha confermato, nel nuovo "Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza", l'applicabilità della l.c.a. alle società cooperative, sia quello bancario, che, nel rinnovare, per obblighi sovranazionali, la disciplina delle crisi bancarie, ha mantenuto, accanto alle nuove misure di risoluzione, la tradizionale procedura liquidatoria.

Positivamente attestata a livello normativo, la perdurante operatività della liquidazione coatta amministrativa, trova, nell'attuale momento storico ed economico, risvolti applicativi capaci di conferirle quel carattere di attualità che suggerisce, valorizzandola, un'attività di ricerca in questo particolare ambito del diritto concorsuale. Più volte, infatti, la crisi che da diversi anni

interessa il settore dell'edilizia – noto per avere nel modello cooperativo una delle principali forme di svolgimento dell'attività d'impresa – ed il settore creditizio ha giustificato il ricorso a soluzioni di tipo liquidatorio: basti pensare, giusto per citare alcuni dei casi più rilevanti, alle l.c.a. disposte, nel 2015, a carico delle emiliane “Unieco s.c.” e “Coopsette s.c.”, due tra le più grandi imprese operanti nel comparto edilizio locale e nazionale, ed alla liquidazione, decretata nel 2017, delle due popolari venete (“Banca Popolare di Vicenza s.p.a.” e “Veneto Banca s.p.a.”).

Ebbene, proprio a conclusione di due differenti procedure di l.c.a., l'una disposta a carico di una società cooperativa edilizia imolese (“Cesi s.c.”) e l'altra nei confronti un istituto di credito milanese (“Banca MB s.p.a.”), nell'anno che precede la stesura di questo lavoro, sono state presentate ed approvate due proposte di concordato. Questi precedenti giurisprudenziali, peraltro accomunati dall'identità del soggetto che ha formulato l'offerta (“C-Holding s.r.l.”), hanno fornito lo spunto per un elaborato che trattasse di questa particolare modalità conclusiva della liquidazione coatta, “comune” e bancaria, che finalisticamente avvicina la procedura amministrativa alla tradizionale procedura fallimentare. Sin da subito, nel riscontro della singolare conformazione dell'istituto, lo spunto suggerito dal recente dato applicativo si è tradotto in un reale motivo di interesse. Nel contesto in esame, infatti, il concordato riflette strutturalmente quella collaborazione tra poteri amministrativi e giurisdizionali che già caratterizza alcune fasi della procedura di l.c.a. e manca, in via del tutto eccezionale, dell'elemento suo peculiare, se non essenzialmente caratterizzante: il voto dei creditori sulla proposta. Tanto premesso, può quindi procedersi con una *summa* dei contenuti dell'elaborato.

Il primo dei quattro capitoli che seguono ha valenza introduttiva e natura sistematica. Nello specifico, dopo aver precisato la funzione istituzionale della procedura, si darà conto dell'evoluzione storica e normativa del concordato della liquidazione e ci si soffermerà sul problema relativo alla sua proponibilità a conclusione di una l.c.a.

disposta per un difetto di legalità ed alla quale non sia seguita una dichiarazione giudiziale di insolvenza. La questione, peraltro, fornirà un ottimo spunto per delineare il rapporto che sussiste tra stato di insolvenza e *deficit* di attivo, con specifico riguardo ai soggetti sottoponibili a l.c.a.

Il secondo ed il terzo capitolo sono dedicati all'analisi della disciplina generale dell'istituto contenuta negli artt. 214 e 215 l.f.: si ripercorrerà l'*iter* concordatario dalla presentazione della proposta alla sua approvazione ed esecuzione, dando conto, di volta in volta, delle novità sostanziali e processuali che il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 ha apportato alla disciplina dell'istituto per uniformarla, per quanto possibile, a quella del concordato fallimentare. Come vedremo, questo processo di "ibridazione" con l'omologo istituto fallimentare è avvenuto con successo, seppure con qualche criticità relativa alla tecnica legislativa adottata.

Il quarto ed ultimo capitolo tratta del concordato bancario di liquidazione di cui agli artt. 93 e 94 t.u.b. L'istituto costituisce una *species* del *genus* disciplinato nella legge fallimentare e presenta una disciplina, per molti aspetti, peculiare. Dopo avere esposto le ragioni dello storico insuccesso del concordato bancario, in gran parte ascrivibili alla lacunosità delle disposizioni della previgente legge bancaria, si procederà con l'analisi degli artt. 93 e 94 t.u.b., come di recente novellati dal d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181. A tal proposito, giovandoci, ove possibile, del richiamo applicativo alle disposizioni della legge fallimentare di cui all'art. 80, ult. co., t.u.b., si tenterà una ricostruzione del quadro normativo di riferimento il più possibile completa, nell'auspicio che alla recente, nonché prima, applicazione dell'istituto possano, in futuro, seguirne delle altre.

CAPITOLO PRIMO

LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA E CONCORDATO: UN'INTRODUZIONE SISTEMATICA

1. La funzione istituzionale della liquidazione coatta amministrativa (l.c.a.). Critica alla tesi cd. “estintiva”. 2. La conclusione della l.c.a.: *ubi lex tacuit*. 3. Origine ed evoluzione normativa del concordato “coattivo”. 4. La natura giuridica (mista) del concordato. 5. Concordato e “crisi di legalità”. 6. Insolvenza e «insufficienza di attivo». 6.1. L’insolvenza dell’impresa bancaria: la particolare rilevanza indiziaria del *deficit* patrimoniale. 7. Concordato e divieto di aiuti di Stato *ex art. 107 TFUE*: *cenni*.

1. La funzione istituzionale della liquidazione coatta amministrativa (l.c.a.). Critica alla tesi cd. “estintiva”.

La liquidazione coatta amministrativa (d’ora in avanti liquidazione coatta o, per brevità, “l.c.a.”)¹ è una procedura concorsuale amministrativa nella quale i poteri del giudice ordinario risultano alquanto limitati. L’autorità amministrativa, infatti, è la sola competente a decretarne l’apertura e la chiusura, nonché a dirigerne, di regola², l’esecuzione, mentre l’intervento del tribunale è confinato alle fasi, peraltro eventuali,

¹ Le origini dell’istituto si perdono nel tempo e risalgono, probabilmente, ad una serie di provvedimenti relativi al riordino delle casse di risparmio (l. 15 luglio 1888, n. 5546), dei consorzi di bonifica (r.d.l. 8 maggio 1904, n. 368), dei consorzi di cooperative ammesse ai pubblici appalti (l. 25 giugno 1909, n. 422) e degli enti autonomi di consumo.

² Così è nella l.c.a. delle società cooperative, mentre nella l.c.a. bancaria non vi è coincidenza tra autorità che dispone la procedura (Ministro dell’economia e delle finanze) e autorità che vigila sulla sua esecuzione (Banca d’Italia).

di accertamento dello stato di insolvenza (artt. 195 e 202 l.f.), di impugnazione dello stato passivo (art. 209, co. 2, l.f.) e di approvazione della proposta di concordato (art. 214 l.f.)³.

La diversa natura della l.c.a. rispetto al fallimento, che, come è noto, è una procedura giurisdizionale, trova ragione nel fatto che essa è preposta anche, e soprattutto, alla tutela dell'interesse pubblico che la legge considera connesso all'esercizio di determinate attività d'impresa.

Tanto premesso circa la sua natura di «processo che non si racchiude tutto nei limiti del fallimento, o della liquidazione ordinaria, ma ne va fuori per assurgere ad istituto *sui generis*»⁴ del diritto concorsuale, non appare un compito agevole individuarne la funzione istituzionale. In dottrina, infatti, le pur autorevoli voci sul punto si rivelano, il più delle volte, non adeguatamente motivate in relazione alla specialità dell'istituto di cui si tratta.

Non è isolata l'opinione che vede nella l.c.a. una forma di esecuzione collettiva sul patrimonio del debitore, dal momento che la legge, da un lato, delinea per essa un procedimento modellato su quello del fallimento⁵ e, dall'altro lato, prevede che si producano effetti, quali lo spossessamento ed il divieto di azioni esecutive individuali, che sono tipici di quest'ultimo. Così argomentando, pertanto, si ritiene che la procedura, che pure si svolge sotto la direzione dell'autorità amministrativa, sia concepita per assolvere *in primis* al soddisfacimento coattivo e paritario dei creditori⁶.

³ Si segnala che nel d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (cd. "Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, "C.C.I.I.") la disciplina generale della l.c.a. di cui agli artt. 195-215 l.f. risulta trasfusa, senza modifiche sostanziali, agli artt. 293-316.

⁴ ARMELI, *Il procedimento di liquidazione coatta bancaria*, Milano, 2014, 6, nt. 8.

⁵ Diverse sono, infatti, le norme che disciplinano una fase di accertamento del passivo dell'impresa in l.c.a. (v. artt. da 207 a 209 l.f.), la liquidazione dell'attivo ed il riparto del ricavato in percentuale tra i suoi creditori (v. artt. 212 e 213 l.f.).

⁶ Da ultimo, NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 4^a ed., 2017, 47. Conf. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, IV, 2534; BONSIGNORI, *Liquidazione coatta amministrativa*, in *Comm. Scialoja-Branca, Legge fallimentare (artt. 194-215)* a cura di

Questa teoria non convince poiché dimentica la specificità dei presupposti della l.c.a. rispetto al fallimento. Essa, infatti, può aprirsi anche in costanza di abusi ed irregolarità che prescindono dall'inadempimento e, più in generale, dalla incapacità del debitore di soddisfare le pretese dei suoi creditori ed in assenza di queste circostanze, come è noto, viene a mancare la *ratio* della stessa tutela esecutiva.

Ciò che distingue la l.c.a. dal fallimento del debitore comune sarebbe, allora, secondo una tesi largamente condivisa⁷, la funzione estintiva della società o ente⁸ che vi sia soggetto. Tale opinione muove dall'assunto che le ragioni di tutela dell'interesse pubblico che motivano l'adozione del decreto di apertura del procedimento debbano ritenersi compiutamente realizzate allorché si verifichi la dissoluzione dell'ente. L'attività liquidativa del patrimonio, che pure avviene nel rispetto delle regole che sono proprie del concorso, risulterebbe perciò strumentale non tanto al soddisfacimento paritetico del ceto creditorio⁹, quanto alla definizione dei rapporti attivi e passivi in capo all'imprenditore in vista della sua inevitabile estinzione. Ed in quest'ottica, l'esecuzione collettiva e concorsuale, fungendo da «strumento di più sollecita definizione» di tali rapporti pendenti, sarebbe il frutto di una precisa scelta di politica del diritto che trova le proprie origini nell'epoca dello stato corporativo¹⁰.

Bricola, Galgano, Santini, Bologna-Roma, 1974, 22 ss.; PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 7^a ed., 2009, 967.

⁷ BELVISO, *Tipologia e normativa della liquidazione coatta amministrativa*, Napoli, 1973, 48 ss. Conf. LONGOBARDI, *Crisi dell'impresa ed intervento pubblico*, Milano, 1985, 151 ss.; NICCOLINI, *Interessi pubblici e interessi privati nell'estinzione di società*, Milano, 1990, 248 ss.

⁸ Alla l.c.a. risultano soggetti, in virtù delle leggi speciali, solo gli imprenditori non persone fisiche. La l.c.a., infatti, è prevista per categorie di imprese che, secondo le leggi che le governano, non possono, adottare la forma di impresa individuale ed anzi, di regola, debbono avere forma di società di capitali o cooperativa ovvero di ente pubblico.

D'ora in avanti, l'impiego generico nel testo del termine "ente" sarà perciò riferito sia alla società che all'ente pubblico.

⁹ Comunità, quella dei creditori, che, in linea teorica, potrebbe anche mancare.

¹⁰ Di «ideologia tanatologica nei confronti delle imprese insolventi che ispirò i redattori della maggior parte delle leggi speciali sulla liquidazione coatta amministrativa» scrive, infatti, BONSIGNORI, *Liquidazione coatta amministrativa*, cit., 307.

Del resto, che questa fosse la *mens legis* del tempo traspare con chiarezza dalla Relazione al progetto di legge del 5 febbraio 1934, n. 391 di conversione del r.d.l. 15 giugno 1933 sulla liquidazione coatta

Ad un più attento esame, tuttavia, si può notare come la tesi qui esposta sia viziata da una imprecisione che pare il risultato di un errore, per così dire, “prospettico”. L’interprete, nel ritenere che la finalità perseguita dalla procedura sia, *in ogni caso*, l’estinzione dell’ente, finisce con il confondere in un unico concetto due nozioni (*i.e.* quella di imprenditore e quella di impresa) che la dottrina del settore¹¹ considera tra loro ben distinte. Se il primo è unicamente il soggetto titolare dell’impresa, quest’ultima, identificandosi nel dettato di cui all’art. 2082 c.c., è l’attività professionale, economica ed organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni o servizi. Considerando le leggi speciali che prevedono la sottoposizione a l.c.a., si può notare come l’attenzione del legislatore sia rivolta non tanto al soggetto che esercita una data attività d’impresa, quanto all’attività stessa. È, infatti, l’esercizio dell’attività economica in sé che, in ragione degli interessi pubblici da essa coinvolti, può essere soggetto dapprima ad autorizzazione da parte dell’autorità di vigilanza, in seguito e per l’intero suo svolgimento, alle diverse forme di controllo prudenziale e, nel caso del riscontro di gravi turbative, all’intervento autoritativo della stessa che dispone lo stato di liquidazione coatta. Di conseguenza, può ritenersi che, una volta che siano stati accertati i presupposti previsti dalla legge, l’ordinamento, con la procedura in esame, intenda perseguire l’estinzione, *recte* la liquidazione, dell’attività di impresa che reca un pregiudizio al buon andamento del mercato¹². A questo punto, pertanto, l’estinzione

delle società partecipate dall’IRI: «L’ordinamento vuole che, al riscontro di gravi irregolarità gestorie, come pure in situazioni di dissesto patrimoniale, conclamato od imminente, la soppressione di certi enti collettivi avvenga *sicut sagitta* (...) E ciò nell’interesse proprio dello Stato ad eliminare l’ente irregolare dal mercato con modalità tali da minimizzare l’impatto economico-sociale della sua scomparsa»: sul punto, STELLA, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale. Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del d.lgs. 180/2015 e del d.l. 99/2017 cd. "Banche venete"*, Roma, 2017, 137.

¹¹ PRESTI-RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 8^a ed., 2017, 19 ss.

¹² «Parlare dell’estinzione dell’impresa, entro certi limiti, ove si identifichi (com’è opinione comune) l’impresa con l’attività non ha senso: l’attività non può estinguersi, può solo *cessare*»: così BAVETTA, *La liquidazione coatta amministrativa*, Milano, 1974, 45 ss.

dell'imprenditore si rivela come una semplice formalità che segue la definizione dei suoi rapporti pendenti.

Ad ogni modo, le ragioni per le quali all'estinzione del soggetto non può riconoscersi una natura diversa da quella di effetto ulteriore o, se si preferisce, di esito normale o tipico della l.c.a., risiedono nella disciplina generale dell'istituto¹³.

A conforto della tesi cd. "estintiva", si suole invocare l'art. 200 l.f., ossia la norma che disciplina gli effetti che il provvedimento di disposizione della l.c.a. produce sul patrimonio dell'ente ad essa soggetto. Se questi, infatti, è «una società o una persona giuridica»¹⁴, oltre al prodursi degli effetti tipici di cui agli artt. 42, 44, 45, 46 e 47 l.f., richiamati nella prima parte, «cessano le funzioni delle assemblee e degli organi di amministrazione e di controllo» salvo per quanto attiene all'ipotesi di concordato disciplinata dall'art. 214 l.f. Muovendo da una interpretazione letterale del testo citato, si ritiene che gli organi della procedura subentrino *in toto* agli organi ordinari dell'ente, i quali risultano per l'appunto "cessati" in via definitiva dai loro uffici¹⁵. Questo induce parte della dottrina ad affermare che l'apertura della l.c.a, rispetto alla dichiarazione di fallimento, produca sull'organizzazione interna dell'ente un effetto più penetrante che si concreta nella «sostituzione coatta»¹⁶ dei suoi organi. Tutti i loro poteri, infatti, sono devoluti al commissario liquidatore ed al comitato di sorveglianza i quali divengono ad ogni effetto i nuovi organi del soggetto collettivo sino alla sua estinzione. Una tale opinione, tuttavia, porta a negare, in deroga allo stesso art. 200, co.1, prima parte, l.f.,

¹³ A tal riguardo, peraltro, si potrebbe notare come l'unica norma che prospetta l'evento estintivo dell'ente si esprima in termini dubitativi. L'ultimo comma dell'art. 213 l.f., infatti, prevede, mediante il rinvio agli artt. 2495 e 2496 c.c., che alla cancellazione della società dal registro delle imprese provveda «se del caso» il commissario liquidatore. Tuttavia, poiché, come vedremo, è controverso il significato dell'inciso «se del caso», non sarebbe, comunque, opportuno erigere su di esso una teoria, qual è quella volta ad individuare la funzione di un istituto giuridico, che richiede di per sé un elevato grado di certezza.

¹⁴ E non può essere altrimenti: *supra*, nt. 7.

¹⁵ LONGOBARDI, *Crisi dell'impresa ed intervento pubblico*, cit., 144, ss.

¹⁶ L'espressione si deve a NIGRO, *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, 1993, IX, II, 327.

la stessa natura ablatoria del provvedimento di l.c.a.¹⁷. Difatti, dal momento che per effetto di tale vicenda sostitutiva il potere di disposizione e di amministrazione del patrimonio permarrebbe in capo all'ente e, quindi, agli organi che sono subentrati, non potrebbe configurarsi giuridicamente il distacco del nucleo di beni e rapporti giuridici che forma l'oggetto dell'esecuzione collettiva dal suo soggetto titolare¹⁸. In altri termini, sarebbe precluso lo spossessamento di cui all'art. 42 l.f. D'altra parte, sostenere che la l.c.a., costituisca uno spossessamento nelle forme di un vincolo di destinazione comprensivo di tutti i beni e di tutti rapporti facenti capo all'ente¹⁹, significherebbe derogare all'applicabilità degli artt. 45 e 46 l.f.: applicabilità che, tuttavia, la norma in esame prescrive²⁰.

A dire il vero, l'erroneità della tesi che riconosce la "cessazione" con conseguente sostituzione definitiva degli organi dell'ente posto in l.c.a., è confermata dallo stesso art. 200, co. 1, seconda parte, l.f., che fa salva l'ipotesi del concordato di cui all'art. 214 l.f. Il legislatore, infatti, riconoscendo all'impresa il diritto di presentare una proposta concordataria, disciplina un caso esplicito di reviviscenza degli organi ordinari della stessa²¹. E così, non potendo ammettersi alcuna "cessazione" laddove questa non delinei uno stato di fatto non reversibile, altra parte della dottrina conclude – a ragione – che questi siano semplicemente "sospesi" dalle sole funzioni di gestione ed amministrazione del patrimonio ed entro i limiti in cui si produce lo

¹⁷ Natura ablatoria della quale la dottrina non dubita: sul punto, *ex multis*, BAVETTA, *op. cit.*, 175, il quale, peraltro, descrive l'effetto di cui all'art. 42 l.f. in termini di *cessio bonorum* (art. 1977 c.c.) imposta dalla legge.

¹⁸ Nega l'esistenza di un patrimonio separato, DI SABATO, *Fallimento ed estinzione delle società di capitali*, Napoli, 1969.

¹⁹ Così BELVISO, *Tipologia e normativa della liquidazione coatta amministrativa*, cit., 43 ss.

²⁰ Del resto, la *Relazione illustrativa* alla legge fallimentare conferma che: «la liquidazione coatta è assimilata al fallimento per quel che riguarda la perdita dell'amministrazione e della disponibilità dei beni da parte del debitore(...)».

²¹ *Contra* SATTA, *Diritto Fallimentare*, Padova, 3^a ed., 1996, 518 ss.

spossessamento²². La giurisprudenza di legittimità, del resto, si esprime nel senso che «nonostante il dato formale della lettera della norma, le funzioni non cessano, ma restano soltanto sospese, in quanto la possibilità, legislativamente prevista, della sopravvivenza della società, a seguito dell'omologazione di un eventuale concordato, deve far ritenere che l'ordinamento non può aver voluto la cessazione delle funzioni degli organi di una società che possa invece riprendere la propria attività»²³.

A questo punto, deve riconoscersi come la previsione di un concordato quale possibile modalità conclusiva della l.c.a. svolga un ruolo decisivo al fine di ricostruire la funzione istituzionale della procedura poiché ne disconosce in via definitiva la postulata funzione dissolutiva dell'ente soggetto. Non è, infatti, dubitabile che, per effetto del concordato, questi possa tornare *in bonis* e continuare ad operare nel mercato esercitando la medesima attività di impresa ovvero modificandola. La dottrina avversa, infatti, posta di fronte a questo rilievo, può soltanto argomentare che il concordato, anziché costituire una fase eventuale della l.c.a., si collochi in realtà già al di fuori di essa. Secondo questa tesi, pertanto, il decreto del tribunale che approva la proposta sarebbe un provvedimento di revoca con effetti *ex nunc* dello stato di liquidazione²⁴. La soluzione, tuttavia, non è condivisibile per un duplice ordine di ragioni: *in primis*, la legge nulla dispone in tal senso; *in secundis*, con essa verrebbe a riconoscersi in capo al giudice ordinario il potere (indebito) di interferire nelle attribuzioni della p.a., revocando con un proprio atto giurisdizionale un provvedimento amministrativo.

²² DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, 66 ss. Conf. BONSIGNORI, *op. cit.*, 146, nt. 4.

²³ Cass. 4.12.1992, n. 12928, in *Fall.*, 1993, 376.

²⁴ BELVISO, *op. cit.*, 63.

Ciò detto, pare evidente che, determinando *a priori* la funzione estintiva della procedura (prescindendo cioè da un attento esame del dato normativo), questa dottrina sia stata indotta ad adattare ad essa l'interpretazione delle stesse norme di legge²⁵.

In conclusione, si ritiene, per le ragioni qui esposte, che la funzione istituzionale della l.c.a. sia la liquidazione integrale dei rapporti di impresa che pendono in capo all'ente in funzione della cessazione della sua attività economica²⁶. Tuttavia, non può escludersi che, quando a definire tali rapporti intervenga una proposta di concordato, anche l'ente posto in l.c.a. possa sopravvivere ad essa e tornare ad essere un soggetto attivo nell'economia.

2. *Ubi lex tacuit*: la conclusione della l.c.a.

Prima di scendere nel merito della disciplina del concordato di cui all'art. 214 l.f. che, come si è anticipato, può condurre la l.c.a. ad un esito diverso da quello tipico, è opportuno dar conto di quanto, in via generale, la legge dispone, o meglio, *non* dispone con riguardo alle altre modalità conclusive della procedura.

L'art. 213 l.f., infatti, non prevede alcun provvedimento formale di chiusura e si limita a disciplinare gli adempimenti finali della l.c.a.²⁷; inoltre, ad eccezione dell'avvenuto riparto finale dell'attivo, non sono previste ipotesi di chiusura diverse dal concordato

²⁵ Definisce "teleologica" questa tecnica argomentativa e ne denuncia i pericoli sottesi, BONSIGNORI, *op. cit.*, 69, nt. 6.

²⁶ Cfr. SPARANO, *La chiusura del fallimento e il completamento della liquidazione coatta amministrativa*, Padova, 1994, 70.

²⁷ Sono regolati i tempi e le modalità di presentazione del bilancio di liquidazione, del rendiconto di gestione ed il piano di riparto finale tra i creditori, nonché i mezzi di reazione contro di essi. Nello specifico, il co. 1 prevede che, prima dell'ultimo riparto ai creditori, l'autorità di vigilanza debba autorizzare il deposito di tali atti presso il Tribunale, mentre il co. 2 disciplina le forme di pubblicità del deposito. Il co. 3 prevede la possibilità per gli interessati di proporre le loro contestazioni con ricorso al Tribunale, il quale provvede con decreto in camera di consiglio.

disciplinato dal successivo art. 214. La dottrina, pertanto, chiamata in causa dalla lacunosità del dato normativo, non è mancata di intervenire prospettando soluzioni interpretative che intendono supplire al silenzio del legislatore. Così, si discute, da un lato, se per analogia possano trovare spazio nella l.c.a. i casi di chiusura che l'art. 118 l.f. prevede per il fallimento; dall'altro lato, se anche nella procedura in esame sia richiesto un provvedimento che ne disponga la cessazione.

È pacifico che la l.c.a. non possa venir meno in caso di mancata proposizione nei termini di domande di ammissione al passivo (art. 118, co.1, n. 1, l.f.), dal momento che la fase dell'accertamento dei crediti e dei diritti dei terzi sui beni dell'impresa ha natura sostanzialmente officiosa²⁸. Può osservarsi che il carattere pubblicistico che informa l'intera procedura produce dei riflessi anche sulle finalità della fase di accertamento del passivo, la quale, diversamente da quella fallimentare²⁹, non è volta a stabilire se la procedura abbia effettive ragioni d'essere. L'officiosità di questa fase, peraltro, evidenzia come il ceto creditorio sia in origine sottratto del potere di influenzare, anche mediante l'omissione di atti, lo svolgimento della procedura, la quale, nel perseguire la sua finalità, supera o comunque prescinde dalla manifestazione di volontà dei creditori³⁰. Manifestazione di volontà che vedremo essere irrilevante anche in sede di approvazione del concordato.

²⁸ Gli artt. 207 ss. l.f., infatti, delineano un procedimento di accertamento dello stato passivo nel quale la verifica e l'ammissione dei crediti compete d'ufficio al commissario liquidatore. Di conseguenza, non è nemmeno prevista una domanda giudiziale di ammissione al passivo da parte dei creditori, i quali, se pretermessi, possono, al più, chiedere al commissario, mediante raccomandata, il riconoscimento del proprio credito o la restituzione del bene entro sessanta giorni dalla pubblicazione del decreto di apertura della liquidazione (art. 208 l.f.). Sul punto, PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 1974. In giurisprudenza, Trib. Roma, 19.12.1984, in *Dir. Fall.*, 1985, II, 585.

²⁹ Se non vi sono domande di ammissione al passivo, il fallimento deve chiudersi: non essendovi creditori da soddisfare, non potrebbe svolgere la sua tipica funzione soddisfattoria: cfr. NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 215.

³⁰ SPARANO, *La chiusura del fallimento e il completamento della liquidazione coatta amministrativa*, cit., 95 ss. Nel senso che in assenza di passività la liquidazione prosegue ed il ricavato è distribuito ai soci o allo Stato, JORIO-FABIANI, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Jorio-Fabiani, Bologna, 2008, 60.

La dottrina è invece divisa riguardo al caso di cui all'art. 118, co. 1, n. 4, l.f. e, quindi, all'ipotesi di inutile prosecuzione della procedura per insufficienza di attivo³¹. Una parte di essa si mostra favorevole ad una sua estensione analogica e ritiene che nulla vieti all'autorità amministrativa di abrogare il decreto di apertura in esito alla valutazione della sua inopportunità considerata la sopravvenuta carenza di attivo da liquidare³²: d'altra parte, si osserva che «se la procedura non si potesse concludere, resterebbe sospesa all'infinito, con pregiudizio sicuro del debitore, cui sarebbe inibita ogni ulteriore attività economica»³³.

A ben vedere, però, la possibilità di un ulteriore esercizio di attività di impresa pare essere preclusa dallo stesso art. 118, co. 2, l.f, il quale dispone che, una volta che il fallimento sia stato chiuso per accertata insufficienza dell'attivo (ivi compreso quello recuperabile mediante l'esercizio di azioni di recupero o revocatorie), il curatore debba chiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese. Ne consegue, allora, che, quand'anche si aderisse alla tesi qui esposta, si dovrebbe concludere che dopo che la l.c.a. sia stata chiusa per l'accertata l'insufficienza dell'attivo, il commissario liquidatore debba comunque chiedere la cancellazione dell'ente. Del resto, se l'esiguità delle attività residue non consente neppure di soddisfare in parte i creditori e le spese, appare improbabile che le stesse attività possano consentire l'esercizio di attività di

³¹ La previsione trova una specifica disciplina solamente nella l.c.a. delle società cooperative: l'art 2 della l. 17 luglio 1975, n. 400, infatti, dispone che: «l'autorità di vigilanza anche su richiesta del legale rappresentante dell'ente - ove accerti l'assoluta mancanza di attività e di pendenze attive - provvede normalmente allo scioglimento della società cooperativa senza far luogo alla nomina del commissario liquidatore, salvo il caso di espressa e motivata domanda di creditori o altri interessati intesa ad ottenere la nomina predetta, da presentarsi nel termine perentorio di trenta giorni dalla data di pubblicazione del decreto di scioglimento. Se nominato, il commissario liquidatore - ove risulti confermata la mancanza di attività' o di pendenze attive - può richiedere, dopo aver provveduto al deposito dello stato passivo, all'autorità che vigila sulla liquidazione l'autorizzazione a chiudere la liquidazione senza ulteriori formalità. Si osservano le disposizioni di cui al secondo e terzo comma dell'articolo 213 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.»

³² L'istituto dell'abrogazione, infatti, si sostanzia nel ritiro, con effetti *ex nunc*, di un atto in origine legittimo ed opportuno, ma divenuto inopportuno, inadeguato o non conveniente per il verificarsi di circostanze di fatto sopravvenute che rendono l'atto non più rispondente all'interesse pubblico.

³³ Così RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1993, 753.

impresa. Altra parte della dottrina, infatti, ritiene che ogni valutazione compiuta in merito all'opportunità di concludere la procedura nel caso di insufficienza dell'attivo sia irrilevante dal momento che la funzione della liquidazione è quella di condurre l'impresa alla sua cessazione³⁴.

Si discute, inoltre, se nel caso in cui i crediti ammessi vengano integralmente soddisfatti, o comunque estinti³⁵, prima che sia ultimata la liquidazione integrale dell'attivo, la l.c.a. debba chiudersi così come l'art. 118, co. 1, n. 2, l.f. prevede per il fallimento. L'ipotesi di un residuo attivo, per quanto rara nella prassi, merita comunque attenzione, specie nello studio di una procedura che, in linea di principio, non esclude che l'ente ad essa soggetto sia ancora solvibile. Il legislatore, del resto, alimenta l'incertezza della dottrina sul punto poiché l'art. 213, ult. co., l.f. dispone che, eseguito il riparto finale, il commissario liquidatore proceda «se del caso» a norma degli artt. 2495 e 2496 c.c. Ora, posto che le norme ivi richiamate disciplinano la cancellazione della società ed il deposito dei libri sociali, è pacifico che rinviando ad esse il legislatore veda nell'estinzione giuridica del soggetto passivo l'esito ultimo della procedura³⁶; ciò che, tuttavia, non è pacifico è se questo sia l'esito inevitabile anche quando si registra un *surplus* nell'attivo di liquidazione.

Da tempo, in tema di chiusura del fallimento della società, il legislatore ha sposato quell'opinione cd. "adeguatrice" che – a ragione – predicava che in caso di soddisfazione integrale del passivo il curatore dovesse restituire il residuo al soggetto

³⁴ BAVETTA, *op. cit.*, 255 ss. Altri (MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, Napoli, 1996, 64) rileva come non sia neppure ipotizzabile l'assenza di qualsiasi attivo, data l'importanza delle imprese soggette a l.c.a.

³⁵ Non è necessario che tutti crediti siano soddisfatti all'interno e per effetto della procedura attraverso i riparti; è, infatti, possibile che questi vengano pagati da un terzo ovvero che gli stessi creditori vi rinuncino.

³⁶ CASTIELLO D'ANTONIO, *Le liquidazioni coatte amministrative*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, a cura di Vassalli-Luiso-Gabrielli, IV, Torino, 2014, 770 ss.

stesso, al quale, pertanto, non può dirsi precluso un ritorno all'esercizio dell'impresa³⁷. Muovendo da tale premessa, si afferma che l'inciso «se del caso» condizioni l'estinzione dell'ente all'eventualità che, completato il riparto finale con l'integrale soddisfazione dei creditori, non residui alcun margine di attivo in capo ad esso; in caso contrario, pertanto, così come nell'ipotesi di concordato, nulla escluderebbe la *restitutio in bonis* e la sopravvivenza dell'ente³⁸.

La soluzione proposta, pur suggestiva ed in linea con la più recente tendenza conservativa del diritto concorsuale, è coerente con la teoria che riconosce alla l.c.a. *in primis* natura esecutiva e, pertanto, sconta il fatto che essa non risulta predisposta al fine esclusivo del soddisfacimento coattivo dei creditori; ne consegue che la sopravvenuta carenza di interesse dei privati non può implicare di diritto la sua cessazione³⁹. Del resto, la mancata previsione di un atto conclusivo del procedimento induce a pensare che, anche in tal caso, questo coincida con l'atto formale che ordina la cancellazione della società⁴⁰.

Sull'argomento, infatti, l'opinione prevalente è nel senso che il legislatore condizioni l'applicazione degli artt. 2495 e 2496 c.c. al caso in cui l'ente soggetto a l.c.a. sia una società⁴¹. A sostegno di questa tesi, peraltro, si può invocare l'art. 92, co. 6, t.u.b. Nella

³⁷ Il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, riformulando l'art. 118, co. 2, l.fall, ha escluso che il curatore debba chiedere la cancellazione della società in caso di esubero dell'attivo.

³⁸ BONSIGNORI, *op. cit.*, 304; Conf. NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 485-486.

In tal caso, si ritiene (COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2017, 6^a ed., 869 ss.) che il commissario liquidatore debba convocare l'assemblea dei soci affinché questa possa deliberare all'unanimità la prosecuzione dell'attività.

³⁹ BAVETTA, *op. cit.*, 225.

⁴⁰ BAVETTA, *op. cit.*, 250.

L'attivo in esubero è destinato, *ex art.* 2495 c.c., ai soci, nei confronti dei quali i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione. Sostiene, invece, che tali somme vadano attribuite *in primis* ai creditori estranei al concorso perché rimasti inattivi o perché esclusi dallo stato passivo, RICCI, *Liquidazione coatta amministrativa con residuo attivo: quid faciendum?*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 263.

⁴¹ MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, 814. Conf. COSTA, *Sub art. 213*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro-Sandulli-Santoro, III, Torino, 2010, 2518.

disciplina degli adempimenti finali della l.c.a. disposta a carico degli istituti di credito, infatti, è caduto l'inciso «se del caso» sicché il rinvio alle disposizioni in tema di cancellazione della società e di deposito dei libri sociali è destinato ad operare “in ogni caso”⁴². Se si considera che l'art. 14 t.u.b. prescrive quale requisito per l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria che «sia adottata la forma di società per azioni o di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata», pare difficile non notare un dato: venuta meno, per la banca, la previsione di una forma giuridica alternativa a quella della società per azioni⁴³, la *mens legis* ha ritenuto di dover elidere l'inciso poiché privato oramai di ogni significato.

Nel caso in cui il soggetto passivo abbia natura diversa da quella societaria, pertanto, si rende necessaria l'adozione di un provvedimento formale che certifichi la chiusura della procedura: coerenza vuole che tale provvedimento venga emesso in forma di decreto dalla stessa autorità amministrativa che ha disposto l'apertura della procedura⁴⁴.

In realtà, elementari ragioni di certezza del diritto inducono a ritenere doverosa per l'autorità amministrativa la prassi di emettere un decreto di chiusura anche quando si tratti di società⁴⁵: il che, pertanto, conferma una certa nota di arbitarietà nel silenzio della legge sul punto.

⁴² FORTUNATO, *La liquidazione coatta delle banche dopo il testo unico: lineamenti generali e finalità*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, a cura di MORERA-NUZZO, Roma, 1994, III, 49.

⁴³ Nel vigore della legge bancaria (l. 7 aprile 1938, n. 36), infatti, una banca poteva costituirsi anche in forma di ente pubblico rientrando, in tal caso, nella autonoma categoria degli Istituti di credito di diritto pubblico di cui all'art. 25.

⁴⁴ NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 485.

Quanto al procedimento, si ritiene che il commissario liquidatore debba formulare un'apposita istanza di chiusura all'autorità amministrativa, la quale, tra l'altro, può procedere anche d'ufficio. L'ente soggetto non è legittimato in proprio a chiedere la chiusura, così come non lo è a chiedere la propria messa in l.c.a.; tuttavia, si ammette che esso possa dare impulso, con apposita istanza, al potere officioso dell'autorità. Cfr. COSTA, *Sub art. 213*, cit., 2518.

⁴⁵ BAVETTA, *op. cit.*, 249, nt. 487.

Dal quadro sin qui delineato, emerge con chiarezza come non residuino ulteriori ipotesi «in senso tecnico»⁴⁶ di conclusione della l.c.a. che siano compatibili con una possibile sopravvivenza giuridica del soggetto passivo della procedura. Per giungere a questo esito, pertanto, il legislatore indica un'unica via percorribile: il concordato.

3. Origini ed evoluzione normativa del concordato “coattivo”.

Per individuare il più lontano precedente del concordato disciplinato dall'art. 214 l.f., occorre risalire al dissesto che colpì la Banca Italiana di Sconto nel dicembre del 1921. Con l'intento di evitare il fallimento, l'allora governo Bonomi emanò “nottetempo” il r.d.l. 28 dicembre 1921, n. 1861 con il quale consentì alla Banca di presentare una domanda di concordato preventivo ordinario ai sensi della l. 21 maggio 1903, n. 197. Tuttavia, poiché il piano concordatario, che prevedeva la creazione di un nuovo istituto di credito, non ottenne il favore dei creditori, fu emanato il r.d.l. 2 febbraio 1922, n. 27, che introdusse un concordato preventivo “coattivo”⁴⁷ per gli istituti di credito con capitale non inferiore a cinque milioni di lire. La “coattività” dell'istituto risiedeva nel fatto che esso poteva essere presentato dai soli commissari e non era oggetto di approvazione da parte dei creditori, fatto salvo il loro diritto di opposizione. Per favorire il successo della soluzione concordata ed evitare la fine di uno dei più importanti istituti di credito del tempo, il legislatore, pertanto, non esitò a privare i

⁴⁶ La l.c.a. si conclude “in senso atecnico” in esito alla revoca del decreto ministeriale che ha ordinato la messa in l.c.a. ovvero al suo annullamento. In tali ipotesi, infatti, «di chiusura in senso tecnico non è possibile parlare, perché sia la revoca, sia l'annullamento del decreto di apertura, pur arrestando il procedimento di liquidazione e pur producendo alcuni degli effetti propri della chiusura, tuttavia non rappresentano il normale epilogo del procedimento». Così BAVETTA, *op. cit.*, 257.

⁴⁷ Tuttavia, in dottrina, l'attributo “coattivo” o “coatto” sta a significare l'assenza di votazione da parte dei creditori.

creditori di un diritto (*i.e.* il diritto di voto), che fino ad allora era considerato elemento essenziale dell'istituto concordatario⁴⁸.

In seguito, con l'ascesa al potere del fascismo, questa tipologia di concordato fu di fatto abrogata dal r.d.l. 15 marzo 1923, n. 553⁴⁹, ma non tardò ad essere reintrodotta in occasione del tracollo della Banca Italiana di Crediti e Valori. Il r.d.l. 8 febbraio 1924, n. 136, infatti, delineò per essa un concordato che, pur conservando il diritto alla presentazione della proposta in capo all'impresa, limitava il diritto di voto a soli tre creditori, scelti tra i più importanti, e riconosceva ampia facoltà al tribunale in sede di omologa⁵⁰.

Fu, tuttavia, la l. 7 aprile 1938, n. 36, meglio nota come legge bancaria, a prevedere un concordato coattivo come ipotesi conclusiva della l.c.a. delle banche: ai sensi degli artt. 83 e 84 l.banc. abr., il commissario liquidatore, in via esclusiva, poteva in ogni tempo proporre un concordato sul quale decideva il tribunale, tenuto conto delle eventuali opposizioni dei creditori e degli interessati nonché del previo parere espresso dall'ispettorato della Banca d'Italia, reso nell'interesse del ceto creditorio e nell'interesse generale della tutela del credito. L'art. 86 l.banc. abr. affidava agli stessi commissari l'esecuzione del concordato, ma taceva sulla sua risoluzione e sul suo annullamento.

La disciplina si rivelò ben presto inadeguata e lo strumento, concepito come alternativo alla conclusione per riparto dell'attivo, cadde in disuso⁵¹. Consapevole di questa

⁴⁸ Sul concordato di Bancasconto, si esprimono in termini critici CARNELUTTI, *Espropriazione del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 1, 676 e BOLAFFIO, *Il concordato preventivo delle grandi banche e la nuova legge fallimentare*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, 25 ss., nt. 1.

Sulle origini del concordato preventivo coattivo, TOMASSO, *Il concordato*, cit., 1186 ss.

⁴⁹ In realtà, il r.d.l. cit. limitò l'applicazione del concordato coattivo di cui al r.d.l. 2 febbraio 1922, n. 27 ai soli dissesti verificatisi prima del 30 giugno 1922.

⁵⁰ La sentenza di omologazione (Trib. Roma, 31.8.1924, in *Dir. fall.*, 1925, 909 ss.) statuiva, infatti, che «...il d.l. 8 febbraio 1924 consente al Tribunale anche quando per avventura le opposizioni rappresentassero più del quarto dell'ammontare complessivo dei crediti chirografari, sempreché esso si convinca che le proposte relative corrispondano all'interesse dei creditori...».

⁵¹ *Infra*, IV, 3.

lacunosità, il legislatore del 1942, nel proporre l'istituto nella disciplina generale della l.c.a., ha volutamente preso le distanze dal modello adottato dalla legge bancaria.

Nella sua versione originaria, infatti, l'art. 214 l.f., pur confermando la necessità di un'autorizzazione amministrativa e l'assenza del diritto di voto in capo ai creditori, riconosceva come legittimato attivo la sola impresa in l.c.a. ed introduceva, per la presentazione della proposta, il limite temporale dell'avvenuto deposito dello stato passivo. Inoltre, il successivo art. 215 opportunamente disciplinava anche l'eventuale esito patologico del concordato (*i.e.* la risoluzione e l'annullamento).

Questa disciplina, trascurata dalla riforma attuata dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, ha subito una profonda evoluzione ad opera del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (cd. decreto "correttivo") con il quale il legislatore ha inteso «adeguare la disciplina del concordato della liquidazione coatta amministrativa, uniformandola per quanto possibile alla nuova disciplina del concordato fallimentare e rendendola più rispettosa delle garanzie della difesa e del contraddittorio»⁵². A tal fine, pertanto, l'art. 18, co. 5 del decreto, modificando il previgente art. 214 l.f., ha introdotto diversi rinvii alla disciplina prevista per il concordato fallimentare dagli artt. 124 ss. l. f.⁵³.

Nello specifico, le novità introdotte dalla riforma possono essere riassunte: *a)* nella estensione, ad uno o più creditori o ad un terzo, della legittimazione a proporre il concordato; *b)* nella abrogazione del limite temporale dell'avvenuto deposito dello stato passivo per la presentazione della proposta; *c)* nella previsione di precise forme di pubblicità della proposta; *d)* nella facoltà di suddividere i creditori in classi secondo

⁵² Così motiva la *Relazione illustrativa* al decreto.

⁵³ La disciplina transitoria dell'istituto è, invece, regolata dall'art. 22. Il co. 3 prevede che l'art. 18, co. 5, e cioè la norma che ha innovato l'art. 214 l.f., si applichi anche alle procedure concorsuali pendenti al 1.1.2008. Il testo della norma ha indotto la dottrina a domandarsi se il concordato in esame fosse qualificabile come una procedura concorsuale con conseguente applicabilità dell'art. 214 riformato anche ai concordati pendenti al 1.1.2008. La disposizione è stata comunque intesa nel senso che la nuova disciplina trovasse applicazione ai concordati aperti dopo tale data, ancorché relativi a l.c.a. già pendenti. Sul punto, ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, 513 ss. In giurisprudenza, Cass. 18.3.2008, n. 7263, in *Giur. civ. comm.*, 2008, III, 430.

interessi economici e posizioni giuridiche omogenee; e) nella possibilità di un pagamento non integrale dei creditori privilegiati; f) nella applicabilità degli artt. 129-131 l.f., in quanto compatibili, e 135 l.f., per quanto concerne la disciplina, rispettivamente, del giudizio di approvazione, dell'efficacia del decreto di approvazione, del reclamo contro di esso e degli effetti del concordato.

La riforma ha così posto nel nulla la giurisprudenza di legittimità che, anche in seguito al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, negava, in ragione della sua specificità, l'applicabilità al concordato in esame delle nuove disposizioni introdotte per il concordato fallimentare⁵⁴.

Nonostante il decreto “correttivo” non abbia eliminato gli elementi peculiari che denotano la matrice pubblicistica dell'istituto, e cioè la necessità della previa autorizzazione dell'autorità di vigilanza al deposito della proposta e l'assenza del voto dei creditori, esso ha, comunque, delineato uno strumento meno rigido ed aperto a soluzioni del dissesto provenienti da privati⁵⁵.

⁵⁴ Cass. 19.9.2006, n. 20259, in *Fall.*, 2007, 11.

Nel caso di specie, la Suprema Corte negava facoltà al proponente di derogare alla regola della *par condicio creditorum* (art. 2741 c.c.) mediante suddivisione dei creditori chirografari in classi sulla base dell'entità del credito: «La possibilità di un trattamento differenziato per classi era ignoto nel nostro ordinamento prima della disciplina dettata per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza dall'art. 4-*bis* della legge 18 febbraio 2004, n. 39; successivamente tale possibilità è stata estesa dalla l. 14 maggio 2005, n. 80 ai concordati preventivi e dall'art. 124 l.f., nel testo novellato dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, ai concordati fallimentari; anche dopo la recente riforma della legge fallimentare è rimasto, invece, inalterato il disposto dell'art. 214 l.f. Ciò posto, l'ipotesi di un trattamento differenziato dei creditori, indipendentemente dalle cause di prelazione, non può certo fondarsi sulla disposizione dettata dall'art. 212 l.f.».

⁵⁵ DI IULIO, *Il nuovo concordato coattivo*, in *L'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Ghia-Piccininni-Severini, Torino, 2001, V, 728-729.

4. La natura giuridica (mista) del concordato.

La vivace *querelle* dottrinale che ha sollevato il problema della natura giuridica del concordato fallimentare (e preventivo) non ha esentato il concordato della l.c.a., tanto che pure in questa sede si può assistere alla disputa tra fautori della teoria cd. “negoziale” o “privatistica” e sostenitori della teoria cd. “processuale” o “pubblicistica”.

Accanto ad essi, va segnalato che non manca chi riconosce al concordato in esame natura “amministrativa”, opinando che la sentenza (oggi decreto) di approvazione sia idoneo a rimuovere *ex nunc* gli effetti del provvedimento di messa in l.c.a.⁵⁶. Come detto⁵⁷, questa tesi non è però condivisibile poiché manca, ad oggi, tanto nella legge fallimentare quanto nell’ordinamento, un referente normativo che legittimi il tribunale a decidere su fattispecie diverse dai diritti soggettivi.

Diversi sono i tentativi di ricondurre anche questa figura di concordato al contratto⁵⁸, nonostante la sua disciplina non preveda l’approvazione del ceto creditorio e, di conseguenza, renda meno agevole individuare le parti del presunto accordo che interviene tra il debitore ed i suoi creditori⁵⁹. Si afferma, infatti, che sono parti del contratto l’ente in l.c.a.⁶⁰ ed il tribunale che, nel valutare ed accettare la proposta, si

⁵⁶ BELVISO, *op. cit.*, 73 ss. L’Autore sostiene che la pronuncia del Tribunale ripeta, quanto all’oggetto, la valutazione compiuta dall’autorità vigilante in sede di autorizzazione della proposta. Tuttavia, se così fosse, osserva BONSIGNORI, *op. cit.*, 336, «non si capirebbe la duplicazione di pronunce».

⁵⁷ *Supra*, 1.

⁵⁸ Chi afferma la natura di contratto del concordato non concorda sulla sua categoria civilistica: lo prova a definire come «un contratto *sui generis* che contempla una riduzione del credito originario ed un *pactum de non petendo* al quale residua un’obbligazione naturale per l’eccedenza», DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968, 473.

⁵⁹ «Il concordato è un accordo tra il debitore e o suoi creditori, col quale si tende a produrre una più facile, sicura e meno dispendiosa liquidazione dei diritti di costoro»: Cass. 10.8.1946, in *Dir. Fall.*, 1946, II, 203. Conf. Cass. 30.9.1954, n. 3173, in *Dir. Fall.*, 1955, II, 45; Cass. 8.6.1968, n. 1763, in *Dir. Fall.*, 1968, II, 457.

⁶⁰ Ovvero il diverso soggetto che oggi la legge legittima a proporre il concordato.

sostituisce ai creditori, mentre l'autorizzazione dell'autorità vigilante equivale ad una *condicio juris* di proponibilità. Diversamente, si riconosce a quest'ultima natura di accettazione contrattuale della proposta in luogo dei creditori ed al decreto del tribunale, un semplice effetto dichiarativo omologante⁶¹.

Ad un più attento esame, tuttavia, queste teorie rivelano tutt'altro che persuasive. Non è ammissibile, infatti, che un atto giurisdizionale, quale il decreto di approvazione del tribunale, che in quanto tale ha natura pubblica, possa fungere nel caso di specie da dichiarazione negoziale di parte⁶². Inoltre, non può configurarsi alcuna vicenda sostitutiva della volontà dei creditori da parte dell'autorità vigilante poiché la stessa, in sede di autorizzazione, compie valutazioni che, come vedremo, non si limitano a ponderare l'interesse di costoro.

Sempre in ottica negoziale, più successo ha avuto l'opinione di chi ammette che, in mancanza di opposizioni, sia presunto il consenso alla proposta e, pertanto, si concluda tra proponente e creditori un accordo per fatti concludenti⁶³. In tal caso, si aggiunge che il tribunale debba limitarsi ad un controllo sulla regolarità del concordato.

Questa teoria muove dall'assunto che il silenzio, e con esso ogni condotta omissiva, sia di per sé idoneo ad esprimere il consenso del soggetto da cui promana e, pertanto, produca gli effetti di una sua accettazione tacita⁶⁴. Da tempo, tuttavia, la più attenta dottrina ha precisato che il silenzio si risolve sempre nella semplice assenza di dissenso (*qui tacet neque dicit neque facit*) e che soltanto una norma giuridica può riconoscere ad esso valore espressivo⁶⁵. Se, dunque, si traduce questo principio nel contesto che qui

⁶¹ Nel primo senso, DE MARTINI, *Singolari aspetti del concordato di società in liquidazione coattiva*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, II, 121. Nel secondo, SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1952, 442. Conf. BAVETTA, *op. cit.*, 279, spec. nt. 538.

⁶² La definisce una «antinomia logico-dogmatica», BONSIGNORI, *op. cit.*, 333.

⁶³ In tal senso, in relazione al concordato bancario di liquidazione, DESIDERIO, *La liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito*, Milano, 1981, 419 ss. Conf. MORERA, *op. cit.*, 1527.

⁶⁴ Cfr. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 211 ss.

⁶⁵ Per tutti, SACCO, *Trattato di Diritto Privato, Obbligazioni e Contratti*, diretto da Rescigno, Torino, 2018, II, 39 ss.

interessa, non risulta difficile dimostrare l'erroneità di questa teoria. Anche la legge fallimentare, infatti, riconosce al comportamento omissivo e, quindi, al silenzio, dei creditori, il significato di dichiarazione tacita di consenso solo quando esplicita in capo ad essi l'onere o dovere di compiere una certa attività. È così in sede di approvazione del concordato fallimentare, ove l'art. 125, co. 2, l.f., prescrive che, nel termine indicato dal giudice delegato, «i creditori *devono* far pervenire nella cancelleria del Tribunale eventuali dichiarazioni dissenso», mentre l'art. 128, co. 2, l.f., precisa che «i creditori che non fanno pervenire il loro dissenso nel termine fissato dal giudice delegato si ritengono consenzienti». Al contrario, il principio del silenzio-assenso non può dirsi valido per il concordato preventivo poiché, come è noto, il d.l. 27 giugno 2015, n. 83 ha recuperato la regola della non significatività del silenzio⁶⁶. Regola che deve valere, *a fortiori*, anche per il concordato nella l.c.a. poiché in tal caso l'art. 214, co. 3, l.f., disponendo che «i creditori e gli altri interessati *possono* presentare nella cancelleria le loro opposizioni...», non delinea un onere di opposizione in capo a costoro, ma una semplice facoltà.

La dottrina che nega al concordato in esame la natura di contratto non esita a ricondurlo alla figura del processo. Secondo questa concezione, infatti, la proposta di cui all'art. 214 l.f. configura, a dispetto del *nomen iuris*, una domanda giudiziale sulla quale il tribunale decide con effetti costitutivi⁶⁷. L'assenza di una formale fase di votazione, del

⁶⁶ Il nuovo co. 4 dell'art. 178 stabilisce, infatti, che: «I creditori che non hanno esercitato il voto *possono* far pervenire lo stesso per telegramma o per lettera o per telefax o per posta elettronica nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale».

⁶⁷ PROVINCIALI, *op. cit.*, 2383. Conf. BONSIGNORI, *op. cit.*, 338, che qualifica la proposta di concordato come «istanza processuale esecutiva [...] volta a produrre effetti estintivi sul rapporto di credito-debito»; NAVARRINI, *A proposito del concordato nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Dir. Fall.*, 1946, I, 5 ss.

resto, può agevolare questa ricostruzione poiché non deve cercarsi nell'approvazione dei creditori il presupposto per la decisione del giudice⁶⁸.

Nonostante così argomentando si riesca a dar conto dell'effetto obbligatorio del concordato approvato nei confronti di tutti i creditori, ivi compresi coloro che ad esso si sono opposti, sembra comunque riduttivo qualificare l'istituto come una semplice vicenda processuale. La legge, infatti, disciplina delle ipotesi, quali la delibera della proposta ai sensi dell'art. 152 l.f. e l'azione di risoluzione per inadempimento e di annullamento per dolo di cui all'art. 215 l.f., che presuppongono un ineliminabile carattere di negozialità⁶⁹.

Da quanto detto sembra, pertanto, opportuno qualificare il concordato di cui all'art. 214 l.f. come un istituto complesso nel quale convivono, senza escludersi, elementi di natura privatistica ed elementi di natura pubblicistica⁷⁰. Questi ultimi, lungi dall'essere «armoniosamente fusi» con i primi, tendono comunque a prevalere in ragione del superiore interesse generale che governa la procedura di l.c.a.

5. Concordato e “crisi di legalità”.

L'intento riformatore di armonizzare la disciplina del concordato della liquidazione con quella del concordato fallimentare si è tradotto, come detto, in un ampio ricorso

⁶⁸ La teoria cd. “processuale”, infatti, considera la delibera favorevole dei creditori come il presupposto di apertura del procedimento. In tal senso, Cass. 25.10.1972, n. 3231, in *Giur. comm.*, 1972, I, 320.

⁶⁹ L'azione di risoluzione, così come quella di annullamento, configurano, infatti, i tipici rimedi volti a caducare un contratto.

⁷⁰ Questa teoria, nota come “mista”, è quella prevalsa in tema di concordato: da ultimo, NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 282-283. Conf. PAJARDI, *op. cit.*, 667.

Propone, invece, una soluzione personale, BUCCARELLA, *Il concordato fallimentare, coattivo e straordinario*, Milano, 2016, 440-441, il quale definisce il concordato di cui all'art. 214 l.f. come un «atto di diritto privato, con effetti ristrutturatori dei debiti e con carattere autoritativo, sottoposto ad autorizzazione amministrativa e controllo giudiziale».

alla tecnica del rinvio. Poiché tale tecnica richiede che in sede interpretativa si osservi il limite della compatibilità della disposizione alla quale si rinvia con il più ampio contesto normativo nel quale questa è destinata ad operare⁷¹, lo studio della disciplina del concordato della liquidazione, che il legislatore oggi detta *per relationem*, impone all'interprete di considerare i diversi presupposti oggettivi che sono alla base delle procedure nelle quali i due istituti sono chiamati ad operare.

Come è noto, il concordato fallimentare delinea un subprocedimento diretto a rimuovere convenzionalmente lo stato di insolvenza dell'impresa commerciale e, proprio poiché elimina il presupposto oggettivo unico ed indefettibile del fallimento, configura, nelle intenzioni del legislatore, uno strumento sempre idoneo a determinarne la chiusura.

Lo stato di insolvenza, tuttavia, non è l'unica causa di apertura della l.c.a., che, d'altra parte, è la sola procedura concorsuale che l'ordinamento ammette in presenza di presupposti oggettivi di natura non patrimoniale che corrispondono, in via esemplificativa, a violazioni di leggi o regolamenti ed a irregolarità gestionali che la dottrina suole ricondurre al *genus* della "crisi di legalità"⁷². Di conseguenza, quando l'autorità di vigilanza accerta che l'interesse pubblico risulta turbato dall'esercizio di attività di impresa non conforme ai canoni legali può sottoporre l'ente a l.c.a., a prescindere dal previo accertamento dello stato di insolvenza.

⁷¹ Sulla centralità del canone ermeneutico enunciato, FERRI, *Insolvenza e temporanea difficoltà*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 452. Conf. AMATUCCI, *Temporanea difficoltà e insolvenza*, Napoli, 1979, 132; CASTIELLO D'ANTONIO, *Le società nelle procedure concorsuali amministrative*, in *Diritto concorsuale amministrativo*, Padova, 1997, 170 ss.

⁷² I presupposti della l.c.a. sono stabiliti dalle singole leggi speciali e sono di volta in volta diversi. Al *genus* della "crisi di legalità" si affiancano i *genera* della "non conformità dell'attività esercitata all'interesse pubblico generale" e quello delle "perdite patrimoniali". Sul punto, NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 463.

Tutto ciò premesso, si può passare a considerare se la maggior ampiezza che denota i presupposti oggettivi della l.c.a. produca i suoi riflessi sulle condizioni di proponibilità del concordato della liquidazione.

Buona parte della dottrina ritiene che, così come vi è identità di presupposti tra fallimento e concordato fallimentare⁷³, il concordato in esame possa essere proposto quali che siano state le cause che hanno indotto l'autorità di vigilanza a disporre la l.c.a.⁷⁴. Questa affermazione muove dall'assunto che se il concordato della liquidazione, al pari di quello fallimentare, configura un modello alternativo di chiusura della procedura, sembra evidente che esso debba poter avere per oggetto tutte le cause, ivi comprese quelle di natura non patrimoniale, che possono dare causa alla sua apertura. Così argomentando, tuttavia, mi pare venga a delinearci una figura di concordato che è ben lontana da quella regolata in sede di fallimento ed alla cui disciplina, peraltro, lo stesso legislatore rinvia. Sostenere, infatti, che la proposta di cui all'art. 214 l.f. possa essere autorizzata anche in assenza di uno stato di insolvenza (o di *deficit* patrimoniale), equivale ad ammettere che la funzione del concordato della liquidazione non sia tanto la regolazione dei rapporti tra impresa insolvente e suoi creditori quanto, in via più generale, l'eliminazione delle anomalie⁷⁵ rilevate dall'autorità che vigila sulla tutela degli interessi pubblici ed idonee a determinare l'apertura della liquidazione. Chi dunque afferma che il concordato della liquidazione sia stato pensato per svolgere anche il compito di sanare una crisi di legalità, riconosce ad esso, o meglio, al tribunale che è chiamato a decidere sulla sua approvazione, il potere di intervenire anche su

⁷³ Si noti che, proprio in ragione di tale identità, il concordato fallimentare si presenta come un subprocedimento situato all'interno del fallimento.

⁷⁴ NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 47. Nel vigore della disciplina previgente, v. BELVISO, *op. cit.*, 91, per cui «nulla esclude che l'autorità amministrativa ed il tribunale siano indotti a concedere l'ammissione a concordato e, quindi, a *revocare* la liquidazione coatta, anche quando questa si sia avuta per irregolarità amministrative, una volta che siano intervenute garanzie tali da far ritenere che tali irregolarità non avranno modo di ripetersi in futuro».

⁷⁵ A prescindere, cioè, dalla loro natura patrimoniale.

valutazioni aventi ad oggetto la tutela dell'interesse pubblico alla correttezza del mercato⁷⁶. Tuttavia, ciò non pare ammissibile poiché, proprio in ragione del loro oggetto, tali valutazioni competono in via esclusiva alla discrezionalità della p.a. vigilante. Non a caso, infatti, l'ordinamento consente che l'autorità giurisdizionale intervenga a coadiuvare l'attività dell'organo amministrativo solo quando si presentino situazioni di fatto, quali per l'appunto l'insolvenza dell'ente soggetto, che interessano direttamente i privati e, quindi, coinvolgano (anche) diritti soggettivi.

A sostegno della tesi per la quale la conclusione della l.c.a. mediante concordato sia compatibile con il solo caso in cui la procedura sia stata aperta a seguito di declaratoria giudiziale dello stato di insolvenza o per «insufficienza di attivo» depongono, comunque, precise ragioni di carattere testuale⁷⁷. Non si può, infatti, fare a meno di notare che il rinvio operato all'art. 124 l.f. implica che la proposta di concordato di cui all'art. 214 l.f. condivide con quella prevista in sede di fallimento il medesimo contenuto minimo dimodoché la stessa non possa non prevedere una ristrutturazione di debiti ed una soddisfazione di crediti⁷⁸.

Inoltre, come vedremo, gli effetti sulle pretese dei creditori, in virtù del richiamo applicativo all'art. 135 l.f., sono i medesimi del concordato fallimentare; il che conferma il rilievo, già operato nel vigore della norma originaria, per cui nel caso di apertura della l.c.a. per cause diverse dall'insolvenza, il concordato si tradurrebbe in «un procedimento senza oggetto, perché si produrrebbe un'esdebitazione di cui non v'è

⁷⁶ Sul punto, LASCARO, *Il concordato nelle procedure concorsuali amministrative*, Padova, 2000, 54-55.

⁷⁷ CASTIELLO D'ANTONIO, *Le liquidazioni coatte amministrative*, cit., 779. Conf. BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 3^a ed., 2009, 604; LASCARO, *Il concordato nelle procedure concorsuali amministrative*, cit., 52 ss., nt. 33; BRACCAGNI, *Sulla natura giuridica del concordato delle imprese sottoposte a l.c.a.*, in *Dir. fall.*, 1964, 5 ss.; TOMASSO, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa tra interessi privati e interesse pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 453.

⁷⁸ Conf. BONFANTE, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2008, 628, secondo cui «il concordato [di liquidazione] non è un modello a sé bensì quello avente i contenuti di cui all'art. 124 l.fall».

bisogno»⁷⁹. In tali ipotesi, l'autorità vigilante può autorizzare la presentazione di una proposta di concordato nel caso in cui sopraggiunga l'accertamento successivo dello stato di insolvenza, che, ai sensi dell'art. 202, co. 1, l.f, è da riferirsi «al tempo in cui è stata ordinata la liquidazione». Come opportunamente si segnala⁸⁰, peraltro, tale evenienza non appare configurabile nella l.c.a. delle società cooperative conseguente a scioglimento per atto dell'autorità di vigilanza, considerati i presupposti oggettivi specificati nel co. 1 dell'art. 2545 *septiesdecies* c.c.⁸¹.

6. Stato di insolvenza e «insufficienza d'attivo».

Dopo aver chiarito come l'insolvenza sia il presupposto del concordato della liquidazione, si rende opportuno enucleare il significato che questo concetto assume nello speciale contesto della l.c.a.

Nonostante lo stato di insolvenza si presenti, rispetto alle altre cause di apertura della procedura, quale condizione non necessaria, non per questo esso deve considerarsi, come sostiene una certa dottrina, un “elemento ultroneo” della procedura⁸²; infatti, quando la legge non eleva «il caso di insolvenza» a presupposto oggettivo della

⁷⁹ Così BONSIGNORI, *op. cit.*, 336, nt. 7.

⁸⁰ CASTIELLO D'ANTONIO, *op. cit.*, 643.

⁸¹ «L'autorità di vigilanza, con provvedimento da pubblicarsi nella Gazzetta Ufficiale e da iscriversi nel registro delle imprese, può sciogliere le società cooperative e gli enti mutualistici che non perseguono lo scopo mutualistico o non sono in condizione di raggiungere gli scopi per cui sono stati costituiti o che per due anni consecutivi non hanno depositato il bilancio di esercizio o non hanno compiuto atti di gestione».

In tal caso, infatti, i presupposti oggettivi che giustificano la messa in l.c.a. dell'ente a seguito del decreto di scioglimento sono interamente espressivi di una crisi di legalità e, come tali, ontologicamente diversi dallo stato di insolvenza.

⁸² LASCARO, *op. cit.*, 12 ss. L'Autore, infatti, ravvisa nello stato di insolvenza del soggetto passivo quasi un accidente che, a causa dell'intervento dell'autorità giudiziaria, rende meno spedita la procedura.

procedura⁸³, considera tale condizione come circostanza di fatto che legittima, se non impone, il suo accertamento sia nel momento che precede l'apertura della l.c.a. (art. 195 l.f.) sia in seguito ad essa (art. 202 l.f.). Questa fase, demandata al giudice ordinario, ha luogo per iniziativa di soggetti che la legge indica in modo tassativo e segue regole processuali che, rinviando alla disciplina dell'istruttoria in sede prefallimentare (art. 15 l.f.), intendono garantire il rispetto del contraddittorio⁸⁴. La sentenza che, in esito a questo procedimento, dichiara lo stato di insolvenza di un soggetto non ancora sottoposto a l.c.a.⁸⁵, istituisce un vincolo sull'attività discrezionale dell'autorità vigilante poiché le impone di disporre, nel più breve tempo possibile, la liquidazione⁸⁶. Si tratta, infatti, più che di un atto doveroso, di un vero e proprio obbligo giuridico che, se non adempiuto, configura l'illecito di omesso atto d'ufficio e legittima l'avvio di un giudizio di ottemperanza nei confronti della p.a. inerte. Quanto detto, pertanto, fornisce prova inconfutabile di come lo stato di insolvenza assurga in ogni caso a presupposto obiettivo sufficiente, sebbene non necessario, della procedura⁸⁷. Non è difficile cogliere la ragione per la quale il legislatore ritiene che una crisi

⁸³ Il «caso di insolvenza», infatti, è posto a fondamento della l.c.a. delle fondazioni musicali, delle imprese sociali e delle società cooperative ai sensi dell'art. 2545 *terdecies* c.c.

⁸⁴ L'art. 195 l.f. riconosce tale iniziativa ai creditori, all'autorità vigilante ovvero all'impresa stessa. Diversamente, la dichiarazione successiva dello stato d'insolvenza può essere provocata, ex art. 202 l.f., dal commissario liquidatore o dal p.m. In merito al principio del contraddittorio, si ricorda che Corte Cost. 27 giugno 1972, n. 110, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 195, co. 2, l.f. «nella parte in cui non prevede[va] l'obbligo per il tribunale di disporre la comparizione del debitore in camera di consiglio per l'esercizio del diritto di difesa nel corso dell'istruttoria diretta ad accertare lo stato di insolvenza dell'impresa soggetta a liquidazione coatta amministrativa con esclusione del fallimento».

⁸⁵ Si deve trattare di un ente che sia soggetto a l.c.a. con esclusione del fallimento (è il caso, p.es., dell'impresa bancaria); se questi è soggetto sia a l.c.a. che a fallimento, infatti, si apre il fallimento nel rispetto del principio di prevenzione di cui all'art. 196 l.f.

⁸⁶ In dottrina è pacifico che l'apertura della l.c.a. a seguito della sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza configuri un atto dovuto da parte della p.a.; v., *ex multis*, PAJARDI, *op. cit.*, 882; Conf. CASTIELLO D'ANTONIO, *Le società nelle procedure concorsuali amministrative*, cit., 227. *Contra* LASCARO, *op. cit.*, 15. Si esprime in termini dubitativi, DI GRAVIO, *Intorno alla chiusura della liquidazione coatta amministrativa per mancanza di passivo*, in *Temì romana*, 1985, 109.

⁸⁷ Così, giustamente, NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 474.

economica e patrimoniale di gravità tale da risultare non reversibile sia destinata a giocare un ruolo di prim'ordine anche nell'economia di una procedura che, come detto, non assolve *in primis* alla soddisfazione paritaria dei creditori. A tal proposito, deve considerarsi che in tale contesto lo stato di insolvenza svolge una funzione ulteriore rispetto a quella di denunciare il dissesto del patrimonio del debitore e, quindi, l'esigenza di una tutela concorsuale dei diritti dei creditori. Esso, infatti, segnalando che è in atto una turbativa del corretto esercizio dell'attività di impresa, denota al contempo l'esigenza, di natura pubblicistica, di un pronto intervento dell'autorità vigilante volto ad evitare che sia recato un pregiudizio alla regolarità del settore di mercato in cui opera il debitore e, più in generale, all'economia nazionale (cd. effetto "domino")⁸⁸.

Dopo aver precisato come nella l.c.a. l'insolvenza rilevi anche, e soprattutto, a fini pubblici, resta da considerare se questo suo duplice rilievo produca un qualche riflesso sulla sua nozione; in altri termini, si pone il problema di capire se il concetto di «stato di insolvenza» richiamato dall'art. 195 l.f. coincida con quello declinato nell'art. 5 l.f. Infatti, poiché l'art. 202 l.f., nel disciplinare l'accertamento postumo dello stato di insolvenza ammette che lo stesso possa essere accertato e dichiarato «anche se la liquidazione è stata disposta per insufficienza di attivo», pare doversi dedurre che, in sede di l.c.a., l'insolvenza abbia un ambito oggettivo più ampio di quella che dà luogo alla dichiarazione di fallimento. Quest'ultima, come è noto, presuppone sempre l'esistenza di un *deficit* di natura finanziaria giacché l'insolvenza di cui all'art. 5 l.f. delinea l'incapacità oggettiva del debitore di adempiere regolarmente le obbligazioni

⁸⁸ Da tempo la dottrina sostiene come l'insolvenza rilevi come pregiudizio per l'economia generale: «...è compito degli organi della procedura anche e soprattutto tutelare le esigenze generali dell'economia, impedendo ai debitori inetti e disonesti di continuare a nuocere agli altri o di danneggiare i creditori fiduciosi ed eventualmente altri imprenditori onesti e capaci». Così, in relazione al fallimento, PELLEGRINO, *Lo stato di insolvenza*, Padova, 1980, 94. Conf. SATTA, *Prolegomeni ad una dottrina del fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, 5 ss.

assunte, a prescindere dalle circostanze che l'hanno prodotta⁸⁹. Da ciò consegue che il *deficit* patrimoniale (*i.e.* l'insufficienza di attivo) non assurge ad elemento costitutivo dello stato di insolvenza, ma può rilevare, al pari dell'inadempimento, quale tipico sintomo o "fatto esteriore" dello stesso. Del resto, il semplice valore indiziario del *surplus* del passivo sull'attivo trova conferma se si considera come esso non configuri una condizione sufficiente né necessaria ad integrare il presupposto di cui all'art. 5 l.f. Da un lato, infatti, la sua presenza non esclude che il debitore ricorra al credito bancario⁹⁰ ovvero ottenga delle dilazioni e risulti, pertanto, capace di adempiere con regolarità alle obbligazioni assunte; dall'altro, anche quando l'attivo prevale sul passivo, l'imprenditore può trovarsi in stato di insolvenza se, a fronte di debiti già liquidi ed esigibili, le poste attive risultino difficilmente liquidabili nel breve periodo⁹¹. Ora, da un attento esame della disciplina generale della l.c.a., si può osservare come siano ragioni di ordine sistematico ad escludere che in tale contesto lo «stato di insolvenza» possa prescindere dal suo tipico connotato finanziario: nello specifico, è proprio il concorso che talvolta la legge prevede tra l.c.a. e fallimento (art. 196 l.f.), quali procedure che si escludono a vicenda secondo il criterio di prevenzione, a postulare l'esistenza di un concetto unitario di insolvenza. Se, infatti, la nozione di cui all'art. 195 l.f. non fosse la medesima di quella declinata nell'art. 5 l.f., il tribunale non

⁸⁹ NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 68 ss.

In giurisprudenza, App. Palermo 16.3.2016, in *Leggi d'Italia* 2016. Per la Suprema Corte (Cass. 7.6.2012, n. 9253, in *Fall.*, 2013, 367) lo stato di insolvenza deve essere accertato mediante una valutazione globale, sia quantitativa che qualitativa, dei debiti e dei crediti dell'imprenditore commerciale, «prescindendo da qualsiasi indagine in ordine alle relative ragioni». Conf. Cass. 24.9.2013, n. 21802, in *Fall.*, 2014, 702.

⁹⁰ La liquidità che l'imprenditore può attingere da questo canale di finanziamento rientra tra i mezzi ordinari o "normali" con i quali si svolge l'attività di impresa. Da tempo, infatti, il ricorso al credito bancario, è una componente essenziale dell'attività di impresa, tanto che ad esso si rivolgono oramai anche gli imprenditori che non si trovano in difficoltà economica.

⁹¹ App. Torino, 15.1.2013, in *Fall.*, 2013, 853.

potrebbe dichiarare il fallimento dell'ente che la legge sottopone tanto a l.c.a. quanto a fallimento⁹².

Il richiamo che l'art. 202 l.f. opera all'«insufficienza di attivo», pertanto, non può che essere riferito alle sole ipotesi in cui la legge considera quest'ultima, in quanto tale, un autonomo presupposto della procedura.

È questo il caso della l.c.a. delle società cooperative nonostante il novellato art. 2545 *terdecies*, co. 1, prima parte, c.c., prescriva che «in caso di insolvenza della società, l'autorità governativa alla quale spetta il controllo sulla società dispone la liquidazione coatta amministrativa». Dal testo della norma si evince, pertanto, che la l.c.a. possa essere disposta prima, e senza, che il tribunale accerti lo stato di insolvenza di cui all'art. 5 l.f. Ciò, tuttavia, non presuppone che l'accertamento che l'autorità amministrativa compie di sua iniziativa coincida con quello che l'art. 195 l.f. demanda all'organo giurisdizionale poiché, a ben vedere, è diverso l'oggetto di tali attività⁹³. Se, come si è detto, vi è identità concettuale tra l'insolvenza di cui agli artt. 5 e 195 l.f., lo stesso non può dirsi per il «caso di insolvenza» di cui all'art. 2545 *terdecies* c.c. Il legislatore fallimentare, infatti, ha modellato un concetto di insolvenza che presuppone sempre la natura di impresa commerciale del soggetto passivo⁹⁴, mentre, ai sensi dell'art. 2545 *terdecies* c.c., risultano soggette a l.c.a. anche società che non svolgono attività commerciale⁹⁵. Per costoro rileva la nozione, patrimoniale e statica,

⁹² BONFATTI, *Sub art. 195*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Nigro-Sandulli, Torino, 2006, 2380-2381, alludendo al caso delle società cooperative commerciali. Conf. BAVETTA, *L'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza*, in *Le procedure concorsuali. Procedure minori*, Trattato diretto da Ragusa Maggiore e Costa, Torino, 2001, 428. In giurisprudenza, Trib. Milano, 5.4.1984, in *Giur. comm.*, 1985, II, 867.

⁹³ PLATANIA, *Sub art. 202*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, Milano, 2008, 1707.

⁹⁴ Nel senso che gli artt. 5 e 195 l.f. «non considerano né possono riferirsi al debitore non imprenditore commerciale», RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, 61.

⁹⁵ È pacifico, infatti, che, in difetto di ulteriori specificazioni, la disposizione sia riferita a qualsiasi società cooperativa.

dell'insolvenza cd. "civile" che, come noto, descrive una condizione di incapienza del patrimonio del debitore del tutto equivalente all'«insufficienza di attivo» di cui all'art. 202 l.f. Se si considera che l'art. 2540 c.c. *ante* riforma prevedeva con maggior chiarezza espositiva l'insufficienza di attivo quale causa di apertura della l.c.a.⁹⁶, si può dedurre come l'insolvenza che richiama la norma in esame sia, ora come all'ora, quella "civile" e non coincida con il presupposto oggettivo disciplinato, in via generale, dall'art. 5 l.f.⁹⁷.

Deve concludersi, pertanto, che anche nel caso delle società cooperative commerciali, l'autorità amministrativa ha il potere-dovere di disporre la l.c.a. quando accerti una condizione di *deficit* patrimoniale, dovendosi poi fare luogo, in corso di procedura, all'accertamento dello stato di insolvenza di cui all'art. 202 l.f.⁹⁸. In tal caso, infatti, è comunque necessario provocare la dichiarazione giudiziale poiché solo ad essa può conseguire la produzione degli effetti di cui all'art. 203 l.f.⁹⁹.

È pacifico, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, come l'insufficienza di attivo sia di per sé idonea a causare l'apertura anche della l.c.a. delle imprese di assicurazione

⁹⁶ «...qualora le attività della società risultano insufficienti per il pagamento dei debiti, l'autorità governativa alla quale spetta il controllo sulla società può disporre la liquidazione coatta amministrativa».

⁹⁷ Se così non fosse si dovrebbe sostenere, peraltro *contra legem*, che l'art. 2545 *terdecies* c.c. disciplini la l.c.a. delle sole società cooperative commerciali. Sul punto, CASTIELLO D'ANTONIO, *op. cit.*, 632. Conf. BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 589.

In giurisprudenza, Tar Valle d'Aosta, in *Foro amm.*, 1997, 842. *Contra* VATTERMOLI, *Art. 2545 terdecies*, in *Delle società. Dell'azienda. Della concorrenza. Artt. 2511-2574*, a cura di Santosuosso, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2014, 556 ss.

Sul punto si esprime, comunque, in termini non equivocabili la *Relazione ministeriale* alla legge fallimentare, laddove riconosce «l'esclusiva competenza dell'autorità amministrativa di ordinare la liquidazione con tutti i provvedimenti relativi sia in caso di insufficienza di attivo, sia in caso di irregolarità».

⁹⁸ Si noti che, in tal caso, qualora il tribunale dichiarasse lo stato di insolvenza, l'impresa rimarrebbe comunque soggetta alla l.c.a. per il citato principio di prevenzione. Così BONFATTI-CENSONI, *op. cit.*, 590.

⁹⁹ La dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza consente l'applicazione anche nell'ambito della l.c.a. delle norme in tema di azioni revocatorie fallimentari (art. 203, co. 1, l.f.) e delle norme penali contenute nel Titolo VI della legge fallimentare.

poiché l'attuale disciplina speciale prevede che l'insolvenza si manifesta «oltre che nei modi indicati nell'art. 5, secondo comma della legge fallimentare», anche in presenza di una «situazione di notevole, evidente e non transitoria insufficienza delle attività patrimoniali necessarie per far fronte agli impegni relativi ai crediti di assicurazione e di riassicurazione»¹⁰⁰. L'espressa previsione di una nozione di insolvenza (commerciale) più estesa di quella comune ed affine al concetto di “pericolo di insolvenza”, che nel contesto in discorso trova la propria *ratio* nei requisiti patrimoniali che la legge prescrive per l'esercizio dell'attività assicurativa¹⁰¹, conferma come competa al legislatore, in via esclusiva, valutare l'opportunità di modificare la portata applicativa del presupposto oggettivo di cui all'art. 5 l.f. La non reversibilità degli effetti patrimoniali – e penali – che discendono dal suo accertamento, infatti, non ammette che la discrezionalità delle valutazioni dei tribunali possa pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto.

Di questo dato deve tenersi conto anche in sede di disciplina speciale della l.c.a. degli istituti di credito (artt. 80 ss. t.u.b.), ove risulta mancante una specifica definizione di insolvenza.

¹⁰⁰ Art. 248, co. 3, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 109 (cd. Codice delle assicurazioni private, “c.a.p.”).

¹⁰¹ SPIOTTA, *Sub art. 202*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Jorio-Fabiani, Bologna, 2006, II, 2662.

Del resto, l'esercizio di attività assicurativa pone l'esigenza di garantire ai futuri assicurati il diritto a ricevere l'indennizzo e proprio a tal fine la legge prevede l'obbligo di costituire e mantenere secondo specifici criteri il cd. margine di solvibilità e le riserve cd. tecniche. Sulla specifica funzione di garanzia di questi obblighi, OCCORSIO, *Per una ricostruzione della nozione di insolvenza delle imprese di assicurazione*, in *Giur. comm.*, 2014, V, 856, ove, in nota, ulteriori riferimenti in dottrina.

6.1. L'insolvenza dell'impresa bancaria: la particolare rilevanza indiziaria del deficit patrimoniale.

Di particolare interesse appare la questione relativa all'individuazione della nozione di insolvenza valevole per l'impresa bancaria.

A tal riguardo, infatti, è dato riscontrare come dottrina e giurisprudenza, pur concordando, nel silenzio della legge, sulla validità della nozione generale di cui all'art. 5 l.f. – oggi, peraltro, supportata dal generale rinvio alle norme della legge fallimentare operato dall'art. 80, ult. co., t.u.b. –, intendano il fenomeno in termini diversi rispetto all'insolvenza dell'impresa fallibile.

Come è noto, il dibattito sorto in ambito fallimentare vede(va) tradizionalmente contrapposte due “macro-teorie”, l'una valorizzante le condizioni economiche del debitore, l'altra la sua condotta. Mentre per la prima (cd. “teoria patrimonialistica”) l'insolvenza consiste nell'incapacità dell'attivo a soddisfare la massa dei debiti che vengono a scadenza e l'inadempimento configura una sua possibile manifestazione¹⁰², la seconda (cd. “teoria personalistica”) considera proprio l'inadempimento del debitore quale elemento costitutivo dello stato di insolvenza, a prescindere dalle cause che l'hanno determinato¹⁰³.

Tra le due tesi opposte – qui riassunte senza alcuna pretesa di completezza¹⁰⁴ – è, infine, prevalsa, quella – per così dire “intermedia” – che, pur privilegiando, rispetto all'inadempimento, la condizione economica del debitore, nega che vi sia equivalenza

¹⁰² BONELLI, *Del fallimento*, in *Commentario del codice del commercio*, a cura di Andrioli, Milano, 1938, 77 ss.; AMATUCCI, *Temporanea difficoltà ed insolvenza*, cit., 77; FERRI, *Manuale di diritto Fallimentare*, Torino, 1993, 567; PAJARDI, *op. cit.*, 94.

¹⁰³ GALGANO, *Diritto commerciale*, Bologna, 1991; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, I, 1961, 271 ss.; PROVINCIALI, *op. cit.*, 287 ss.

¹⁰⁴ Per un'attenta disamina del dibattito dottrinale sul tema, TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza*, Torino, 1998.

tra sbilancio patrimoniale e stato di insolvenza ed afferma come lo stesso si concreti in uno stato di illiquidità¹⁰⁵.

Volgendo ora lo sguardo al contesto che qui interessa, deve osservarsi come la dottrina prevalente¹⁰⁶, fortemente sostenuta dalla giurisprudenza¹⁰⁷, attribuisca invece valore decisivo, ai fini della dichiarazione di insolvenza, ad una condizione di *deficit* patrimoniale. L'indice principale dello stato di insolvenza dell'impresa bancaria non sembra risiedere nella carenza di liquidità, quanto piuttosto nell'incapienza del suo patrimonio e, quindi, nell'incapacità attuale e prospettica dell'attivo a soddisfare le passività totali.

Del resto, non si manca di osservare come il concetto di illiquidità possa garantire alla banca una sorta di "immunità di fatto" dal fenomeno dell'insolvenza¹⁰⁸: la facilità con cui la stessa può reperire nuova finanza – ricorrendo al credito del mercato interbancario o, più semplicemente, espandendo la raccolta di depositi presso la clientela – le consente, infatti, di continuare ad onorare le proprie obbligazioni, ed apparire perciò "liquida" anche in presenza di un dissesto patrimoniale irreversibile.

In ambito bancario, il concetto di insolvenza sembra quindi più ampio di quello valevole per le imprese di diritto comune, potendo riferirsi ad uno stadio che precede il manifestarsi di uno stato cronico di illiquidità.

¹⁰⁵ *Supra*, 6.

¹⁰⁶ BOCCUZZI, *op. cit.*, 154; GALANTI, *L'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza*, in *Comm. Ferro, Luzzi, Castaldi*, Milano, 1996, II, 1390; CERCONE, *L'insolvenza delle banche tra nuove questioni processuali e consolidati indirizzi di merito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, 323 ss.

¹⁰⁷ Cass. 18.8.2017, n. 20186, in *www.dirittobancario.it*; Cass. 21.4.2006, n. 9408, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, 329; Trib. Potenza 13.7.2000, *ivi*, 2002, II, 570; Trib. Potenza 20.10.1997, *ivi*, 2000, II, 81; Trib. Frosinone 15.5.1998, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, 101.

¹⁰⁸ Cfr. CERCONE, *L'insolvenza delle banche tra nuove questioni processuali e consolidati indirizzi di merito*, cit. 327.

7. Concordato e divieto di aiuti di Stato ex art. 107 TFUE: *cenni*.

La prevalente natura pubblicistica della disciplina del concordato di cui all'art. 214 l.f. può sollevare qualche dubbio di compatibilità con il diritto europeo *antitrust* e, nello specifico, con il divieto di aiuti di Stato alle imprese di cui all'art. 107 TFUE.

L'interesse dottrinale per il tema è alquanto limitato ed è sorto sulla scia del lungo contenzioso che ha riguardato la amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, che ha portato la Corte di Giustizia UE a sanzionare più volte l'incompatibilità della previgente l. 3 aprile 1979, n. 95 (cd. "Legge Prodi") con la disciplina comunitaria del libero mercato comune¹⁰⁹. Ciononostante, esigenze di completezza espositiva consigliano di delineare in questa sede i profili comunitari dell'istituto.

Come è noto, il complesso sistema costituito dalle norme che tutelano la concorrenza non si limita a regolare la condotta delle imprese private¹¹⁰, ma anche l'azione degli Stati membri prescrivendo il divieto di concedere ad esse misure di aiuto dietro qualsiasi forma¹¹¹. In via preliminare, conviene peraltro osservare che, poiché l'introduzione del concordato di cui all'art. 214 l.f. è anteriore alla entrata in vigore del Trattato FUE, esso dovrebbe rientrare nel novero degli aiuti di Stato "esistenti" e, pertanto, non sarebbe soggetto all'obbligo di notifica preventiva ex art. 108, co. 3, TFUE, bensì all'esame permanente che la Commissione Europea conduce d'intesa con

¹⁰⁹ C. Giust. UE, 1.12.1998, C-200/97, *Ecotrade*, in *Fall.*, 1999, 831 ss.; C. Giust. UE, 17.6.1999, C-295/97, *Piaggio*, in *Foro it.*, 2000, IV, 8 ss. Per la Corte di Lussemburgo, infatti, l'applicazione ad un'impresa di un regime quale quello della legge 3 aprile 1979, n. 95 da luogo ad un aiuto di Stato vietato quando sia dimostrato che l'impresa sia stata autorizzata a continuare l'attività in circostanze in cui una simile possibilità sarebbe stata esclusa ad un'impresa sottoposta a fallimento, oppure l'impresa ha beneficiato di vantaggi dei quali non avrebbe potuto usufruire un'altra impresa insolvente soggetta a fallimento. Sui termini della questione cfr., *ex multis*, STAUNOVO POLACCO, *La "Legge Prodi" dopo la decisione della Commissione CE 16 maggio 2000 e gli altri provvedimenti comunitari*, in *Fall.*, 2000, 464.

¹¹⁰ Si pensi al divieto di intese restrittive della concorrenza ex art. 101 ovvero all'abuso di posizione dominante ex art. 102.

¹¹¹ L'aiuto, infatti, può essere disposto da una legge, da un regolamento ed anche da un provvedimento amministrativo.

gli Stati membri¹¹². Da ciò, può dedursi che, nella misura in cui la Commissione non intervenga ai sensi dell'art. 108, co. 2, TFUE il concordato della liquidazione non potrebbe essere qualificato come aiuto illegittimo dal giudice nazionale e dovrebbe quindi ritenersi compatibile con il Trattato, non sussistendo una violazione invocabile dinanzi al giudice nazionale. La Corte di Giustizia UE, infatti, ha precisato che la valutazione della compatibilità con il libero mercato di un provvedimento di aiuto rientra nella competenza esclusiva della Commissione, mentre compete al giudice interno la tutela dei diritti dei cittadini nel solo caso di inadempimento dell'obbligo di previa notifica di cui all'art. 108, co. 3, TFUE¹¹³.

Individuata la disciplina eventualmente applicabile al caso di specie, resta da appurare se il concordato della liquidazione sia in astratto idoneo a favorire certe imprese rispetto alla generalità di esse e possa quindi rientrare nella nozione di «aiuto di Stato» rilevante ai fini della disciplina del Trattato. Da tempo, infatti, la giurisprudenza dell'Unione ha chiarito come tale nozione sia da intendersi in senso ampio e comprenda anche gli interventi pubblici che, pur non essendo sovvenzioni, hanno la stessa natura e producono i medesimi effetti¹¹⁴. Tuttavia, risulta agevole escludere che tale strumento consenta all'impresa in l.c.a. di usufruire di vantaggi dei quali non potrebbe beneficiare

¹¹² BATTAGLIA, *Sub art. 214*, in *Il nuovo diritto fallimentare, commento al R.D. 16 marzo 1942, n. 267*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2007, 2708-2709.

Cfr. AMBROSINI e JEANTET, *La revocatoria fallimentare nelle procedure "amministrative" fra diritto concorsuale e diritto alla concorrenza: la questione degli aiuti di Stato*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 192 ss.

Si ricorda che per gli aiuti "nuovi", l'art. 108, co. 3, prevede un obbligo di notifica preventiva e di *standstill* e che in caso di inosservanza di tali adempimenti l'aiuto di Stato è viziato da nullità insanabile. Sul punto si rinvia a STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea, Parte Speciale*, Torino, 2017, 381 ss.

¹¹³ C. Giust. UE, 21.1.1993, C-188/91, *Deutsche Schell*, in *Raccolta*, 1993, I, 363. Sui ruoli complementari ma distinti svolti dal giudice nazionale e dalla Commissione, C. Giust. UE, 11.7.1996, C-39/94, *SFEI et al.*, in *Raccolta*, 1996, I, 3547, nonché SAGGIO, *Competenze rispettive delle autorità comunitarie e nazionali in materia di controllo e repressione delle attività concorrenziali delle imprese*, in *Dir. Unione Europea*, 1997, 1.

¹¹⁴ C. Giust. UE, 15.3.1994, C-987/92, *Banco Exterior de Espana*, in *Raccolta*, 1994, I, 877.

Configurano sovvenzioni *stricto sensu*, p.es., erogazioni di risorse statali anche nella forma di agevolazioni fiscali, dilazioni e rinunce a crediti, partecipazioni dello Stato nel capitale azionario.

un'altra impresa insolvente mediante il concordato fallimentare poiché il legislatore ha uniformato la disciplina dei due istituti sotto il profilo del contenuto della proposta e degli effetti. Conferma, del resto, questa posizione il fatto che non risulta ad oggi che la Commissione abbia mai avviato il procedimento di indagine formale *ex art.* 108, co. 2, TFUE, in relazione all'art. 214 l.f.¹¹⁵.

Preso atto che il concordato della liquidazione non integra un aiuto di Stato vietato ai sensi dell'art. 107 TFUE, non può comunque trascurarsi che ritenere che gli interventi pubblici incompatibili con il diritto comunitario siano solo quelli indicati dalla norma citata potrebbe vanificare gli obiettivi stessi del Trattato. Nel tempo, infatti, la Corte di Giustizia UE ha precisato come gli Stati membri non possano adottare una disciplina interna capace di pregiudicare l'effettività del diritto europeo *antitrust*. Sulla base del principio, desumibile oggi dall'art. 4, par. 3, TUE (già artt. 3, *lett. g*) e 5 TCE), che impone agli Stati membri il dovere di collaborare con l'Unione nella realizzazione degli scopi del Trattato, la Corte ha così esteso l'ambito del suo intervento anche a misure statali che abbiano un effetto anticoncorrenziale indiretto. Tra queste, si osserva, potrebbe allora rientrare anche la previsione di una speciale disciplina selettiva dell'insolvenza, quale quella di cui all'art. 214 l.f., che trova applicazione con riferimento a certi soggetti economici sulla base del criterio qualitativo della rilevanza sociale dell'attività svolta¹¹⁶. Tuttavia, poiché il citato principio di "leale collaborazione" postula sempre, per il suo operare, l'esistenza di una condotta dell'impresa che rientri nei divieti previsti dagli artt. 101 e 102 del Trattato, non pare neppure possibile qualificare la fattispecie di cui all'art. 214 l.f. quale misura lesiva

¹¹⁵ Nel senso che, allo stato attuale della prassi comunitaria, «non pare percorribile la via che porta ad una qualificazione della disciplina del concordato *ex art.* 214 come aiuto di stato vietato», BATTAGLIA, *Sub art. 214*, cit., 2713.

¹¹⁶ BATTAGLIA, *op. cit.*, 2711.

della libertà di concorrenza invocando l'incompatibilità con il disposto dell'art. 4, par. 3, TUE¹¹⁷.

¹¹⁷ Cfr. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2004, 724-725, il quale osserva come non sia sufficiente il parametro dell'art. 4 TUE per regolare una fattispecie che rilevi ai fini delle condizioni di concorrenza, ma occorra fare riferimento alle norme (artt. 101-109) previste dal Trattato FUE.

CAPITOLO SECONDO

LA PROPOSTA DI CONCORDATO

1. I soggetti legittimati. 1.1 «L'impresa in liquidazione». – 1.2. Creditori e terzi. – 2. Il tempo della proposta. – 3. L'autorizzazione «a proporre». – 3.1 L'interesse pubblico tutelato. – 4. Il contenuto oggettivo della proposta. – 4.1. Le diverse modalità soddisfattive. – 4.2. Le classi di creditori. – 4.2.1. L'«omogeneità» economica e giuridica. – 4.2.2. Il trattamento dei creditori suddivisi in classi – 4.3. Il pagamento non integrale dei creditori privilegiati. – 4.4. La cedibilità delle azioni di pertinenza della massa. – 4.4.1. La cedibilità delle azioni revocatorie fallimentari.

1. I soggetti legittimati.

L'analisi della disciplina del concordato in discorso non può che prendere le mosse dall'individuazione dei soggetti che, ai sensi dell'art. 214 l.f., possono presentare la proposta al tribunale competente: l'ente sottoposto a l.c.a., i suoi creditori ed i terzi.

1.1. «L'impresa in liquidazione».

Legittimato a presentare la proposta di concordato è *in primis* il soggetto passivo della procedura, ovvero «l'impresa in liquidazione». Considerando che l'impresa in questione

è sempre un soggetto collettivo, è bene distinguere i diversi momenti attraverso i quali prende forma l'iniziativa concordataria, ovvero la formulazione delle condizioni della proposta, la sottoscrizione della stessa e la sua approvazione.

Quanto alla formulazione della proposta, non vi sono ostacoli a riconoscere allo stesso debitore tale facoltà, considerato che nulla vieta ai suoi organi apicali, che di fatto sono all'oscuro dello stato della liquidazione, di ottenere dall'organo liquidatore i documenti attestanti la condizione patrimoniale dell'impresa a far data dall'inizio della procedura¹.

La legittimazione riconosciuta al soggetto passivo denota così l'attenzione del legislatore per l'interesse privato che può indurre un debitore insolvente a promuovere una soluzione concordata del proprio dissesto. Anche nel contesto della l.c.a, pertanto, questi non si mostra insensibile a proposte che traducono la volontà dell'ente di sopravvivere all'esito della procedura e che, di conseguenza, sono connotate da un individualismo di fondo².

Passando alla sottoscrizione, e, quindi, all'atto formale che consente di imputare al debitore la proposta, l'art. 214 l.f., richiamando l'art. 152 l.f., dispone che, se l'impresa è una società, tale adempimento compete a «coloro che ne hanno la rappresentanza sociale» e, quindi, all'organo amministrativo ovvero ai liquidatori su specifica autorizzazione dell'assemblea ex art. 2487, co. 1, lett. c), c.c.³. Si ritiene, inoltre, che la proposta così sottoscritta possa essere presentata dall'impresa stessa e che, pertanto, non sia necessaria una difesa tecnica⁴.

¹ MURTULA, *Sull'organo legittimato a proporre il concordato nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Dir. fall.*, 1972, II, 342. Conf. BONSIGNORI, *op. cit.*, 311; BAVETTA, *op. cit.*, 270; BELVISO, *op. cit.*, 62 ss. *Contra* SATTA, *Diritto fallimentare*, cit., 518 ss., il quale sostiene che la legittimazione compete al commissario liquidatore.

² È, infatti, individuale prima ancora che collettivo, il vantaggio che vuole conseguire un'impresa che formuli una proposta che, per es., sottrae all'attivo concorsuale una porzione di beni aziendali ritenuti funzionali alla futura ripresa dell'attività.

³ Cass. 14.6.2016, n. 12273, in *www.ilcaso.it*, 2016.

⁴ DI IULIO, *Il nuovo concordato coattivo*, cit., 731. L'autore trova conferma di tale assunto nella disciplina del concordato preventivo ove l'art. 161 l.f. prevede che «la domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo è proposta con ricorso, sottoscritto dal debitore...».

Infine, la delibera di approvazione, salvo diversa previsione dell'atto costitutivo o dello statuto, spetta, nelle società di persone, ai soci in assemblea che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale, mentre, nelle società di capitali e cooperative, è prerogativa degli amministratori. In tal caso, la delibera, raccolta in un verbale redatto da un notaio, è iscritta a norma dell'art. 2436 c.c. nel registro delle imprese dove la società ha la sede legale nonché, si ritiene⁵, dove è situato il tribunale che ha, in ipotesi, dichiarato lo stato di insolvenza.

In tema di società di capitali e cooperative, la novella dell'art. 152 l.f.⁶ ha perciò riconosciuto il potere decisionale in capo allo stesso organo cui l'intercorsa riforma del diritto societario ha affidato in via esclusiva la gestione della società (art. 2380 *bis* c.c.). La delegittimazione dei soci nelle società di capitali e cooperative a favore dell'organo amministrativo (sia esso collegiale o individuale), peraltro, facilita lo stesso *iter* deliberativo della proposta di concordato, dato che è assai probabile che questi abbia una migliore contezza dello stato dell'ente e, quindi, una maggior consapevolezza dello strumento concordatario.

Non può condividersi, infine, l'opinione che riconosce al commissario liquidatore dell'ente in l.c.a. il potere di convocare gli organi per l'approvazione della proposta⁷. Tale assunto, infatti, contrasta con le attribuzioni che sono proprie dell'ufficio liquidatore, che, al pari della curatela fallimentare, veste il ruolo di organo cd. "tecnico" della procedura, e non quello di legale rappresentante dell'ente sottoposto a l.c.a. Ad esso, pertanto, non competono tutti i poteri che la legge o l'autonomia statutaria conferiscono agli organi ordinari, ivi compreso quello della rappresentanza sociale.

⁵ ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, cit., 528.

⁶ La norma è stata modificata dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. Si riporta il testo previgente: «La proposta e le condizioni di concordato nelle società in nome collettivo e nelle società in accomandita semplice devono essere approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale, e nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative devono essere approvate dall'assemblea straordinaria, salvo che tali poteri siano stati delegati agli amministratori».

⁷ In tal senso, SATTA, *op. cit.*, 564. *Contra* BONSIGNORI, *op. cit.*, 311.

1.2. Creditori e terzi.

Con una notevole spinta innovativa, il decreto “correttivo” ha sottratto all’impresa in l.c.a. il monopolio nella presentazione della proposta di concordato ed ha esteso la legittimazione attiva anche a «uno o più creditori o un terzo».

La previsione di una legittimazione attiva diffusa influisce *in primis* sulla natura dell’istituto poiché avvalorata la tesi che vede nel concordato una figura più complessa del contratto e del processo⁸. Difatti, se, da un lato, è difficile qualificare come valido contratto quello con il quale un terzo dispone della sorte di un patrimonio altrui, dall’altro lato, viene superato l’argomento che vedeva nella esclusiva legittimazione del debitore la riprova della natura processuale del concordato⁹.

In secundis, l’ampliamento della platea dei proponenti consente di ritenere vigente anche nel contesto della l.c.a. il consueto *favor* per la soluzione concordata del dissesto. Quanto detto, del resto, trova conferma nella facoltà, prevista dal generico rinvio all’art. 124 l.f., per i soggetti diversi dal debitore di limitare il proprio impegno economico ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, ed ai creditori che hanno impugnato lo stato passivo o hanno proposto domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta. Con questa previsione, infatti, il legislatore si appella alla possibile convergenza dei legittimi interessi dei privati con l’interesse generale ad una soluzione della crisi più celere e compatibile con la conservazione del patrimonio produttivo¹⁰. Convergenza che, naturalmente, presuppone che costoro abbiano interesse a rilevare l’azienda in una prospettiva di continuità, e non di semplice liquidazione.

Come si osserva, la riforma evidenzia una sorta di spostamento dell’interesse pubblico tutelato dalla conservazione dell’impresa intesa in senso soggettivo «all’allocazione

⁸ *Supra*, I, 4.

⁹ PROVINCIALI, *op. cit.*, 1795.

¹⁰ ZANICHELLI, *op. cit.*, 359-360.

efficiente e produttiva del suo patrimonio»¹¹ e, pertanto, conferma come nella l.c.a. prevalga, quando possibile, la ricerca della sopravvivenza dei valori aziendali. Se questo è l'intento che ha guidato la riforma dell'istituto, può allora ritenersi superata la concezione che vedeva nel concordato in esame uno strumento tipicamente liquidatorio, volto cioè a rendere più celere l'estinzione del debitore.

Preso atto, dunque, di come l'art. 214 l.f. apra a proposte provenienti da soggetti diversi dal debitore, conviene ora precisare l'identità dei nuovi legittimati.

Quanto al singolo creditore, questi può essere sia un creditore concorsuale che concorrente, posto che la legge consente che la proposta preceda il deposito dello stato passivo. La qualifica del credito, comunque, non è di per sé un argomento rilevante poiché nel caso in cui il proponente risultasse poi escluso dall'elenco dei creditori ammessi al passivo, egli sarebbe a quel punto legittimato in quanto soggetto terzo.

Considerato, invece, che la norma non specifica quale sia la natura del gruppo di creditori che propone congiuntamente la proposta, si può soltanto ritenere che questi siano tra loro obbligati in solido ai sensi dell'art. 1294 c.c.¹².

Quanto al terzo, la legge lo colloca volutamente in una posizione alternativa a quella del creditore poiché dietro tale formula intende riunire i soggetti che sono estranei a qualunque rapporto di credito con l'ente soggetto¹³. Pertanto, può dirsi terzo nel senso di cui all'art. 214 l.f. l'assuntore, ossia il proponente che si "assume", a fronte della cessione in suo favore di tutto o parte dell'attivo di liquidazione, gli obblighi nascenti dal concordato.

Non è pacifico, invece, se il commissario liquidatore rientri nella categoria e possa presentare egli stesso una proposta di concordato. Al riguardo, giova rievocare i termini

¹¹ FAUCEGLIA, *Concordato fallimentare e liquidazione coatta amministrativa*, in *Dir. fall.*, 2009, II, 201.

¹² ZANICHELLI, *op. cit.*, 360.

¹³ Tuttavia, il fatto che la stessa legge disciplini omogeneamente i tempi ed il contenuto della proposta proveniente dai creditori o dai terzi induce, comunque, parte della dottrina (STANGHELLINI, *Sub art. 124*, in *La riforma della legge fallimentare*, cit., 1953.) a ritenere fungibili le due posizioni.

della disputa che tutt'ora vede la dottrina divisa sulla legittimazione del curatore a presentare una proposta di concordato fallimentare, trattandosi di una situazione per molti versi analoga a quella di cui si discorre.

In epoca anteriore al decreto “correttivo” non vi erano dubbi in proposito poiché l’art. 129 l.f. ammetteva l’ipotesi di una proposta di concordato proveniente dal curatore, demandando al comitato dei creditori il compito di redigere, al suo posto, la relazione conclusiva su tale proposta¹⁴. L’attuale disposizione, invece, non menziona più tale eventualità e si limita a prevedere che la relazione motivata sia presentata dal comitato dei creditori e che, in caso di inerzia di tale organo, vi provveda il curatore. Tra le fila del vigente art. 129 l.f., pertanto, parte della dottrina legge l’intenzione del legislatore di escludere la legittimazione dell’organo gestore¹⁵.

A questa tesi, tuttavia, si può opporre che la stessa Relazione illustrativa al decreto che ha novellato la norma citata, ammette testualmente che la proposta possa provenire anche dal curatore¹⁶.

Vi è, infine, chi sostiene che attribuire la legittimazione al curatore ingenererebbe un conflitto di interessi determinando una incompatibilità con la funzione di organo tecnico della procedura, come tale tenuto, *ex art. 125 l.f.*, a rendere il parere obbligatorio sulla proposta di concordato¹⁷: questo atto, infatti, è una fonte imprescindibile ed insostituibile di informazioni per i creditori che consente loro di esprimere un voto consapevole sulla proposta.

Quanto al concordato di cui all’art. 214 l.f., la dottrina unanime nega la legittimazione attiva del commissario liquidatore sulla base del fatto che anch’egli deve formulare un

¹⁴ La versione originaria dell’art. 129 l.f. così disponeva: «...se la proposta di concordato è presentata dal curatore, la relazione è redatta e depositata dal comitato dei creditori».

¹⁵ Cfr. GUERRERA, *Aspetti problematici della nuova disciplina del concordato fallimentare*, in *Fall.*, 2008, 1082.

¹⁶ PACCHI, *Il concordato fallimentare*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia-Panzani, Torino, 2009, II, 1399.

¹⁷ DI LAURO, *Il nuovo concordato fallimentare*, Padova, 2010, 23.

parere sulla proposta e non è prevista un'eccezione a tale obbligo ovvero una sua sostituzione¹⁸.

A mio parere, questa opinione valorizza fin troppo il dato normativo a discapito della validità delle ragioni che – non a caso – hanno indotto il legislatore a prevedere la legittimazione del commissario nella l.c.a. degli istituti di credito¹⁹ e delle assicurazioni private²⁰. Non può negarsi, infatti, che l'organo che è a perfetta conoscenza del corso della procedura e della composizione del patrimonio aziendale possa garantire soluzioni migliori rispetto a quelle che possono prospettare soggetti (“affaristi” o creditori) che, di regola, sono all'oscuro dello stato dell'ente.

Considerando poi che il commissario liquidatore non è portatore di un interesse personale, la sua iniziativa si presenta come quella più vicina a realizzare l'interesse generale, potendo così bilanciare quella spinta speculativa che l'estensione della legittimazione attiva ha portato con sé.

2. Il tempo della proposta.

Ai sensi del previgente art. 214 l.f., la proposta non poteva essere presentata, a pena di inammissibilità, prima dell'avvenuto deposito dell'elenco di cui all'art. 209 l.f. Nel termine di 90 giorni decorrente dal decreto di apertura, infatti, il commissario liquidatore è tenuto a formare l'elenco dei crediti ammessi e delle domande di restituzione accolte ed a depositarlo nella cancelleria del tribunale ove è situata la sede principale dell'impresa; con tale formalità esso diviene esecutivo.

¹⁸ ZANICHELLI, *op. cit.*, 528. Conf. COSTA, *Sub art. 214*, cit., 2520; DI IULIO, *op. cit.*, 724.

¹⁹ Art. 93 t.u.b.

²⁰ Art. 262 c.a.p.

Poiché il decreto “correttivo” ha caducato ogni riferimento a questa formalità, si discute in dottrina sulla possibilità di presentare una proposta di concordato prima che lo stato passivo diventi esecutivo.

Il rinvio che il legislatore opera all’art. 124 l.f. fa propendere una parte di essa per la soluzione positiva²¹. Il primo comma della norma, infatti, riconosce tale facoltà ai creditori ed al terzo purché «sia stata tenuta la contabilità ed i dati risultanti da essa e le altre notizie disponibili consentano al curatore di predisporre un elenco provvisorio dei creditori del fallito da sottoporre all’approvazione del giudice delegato». Il commissario liquidatore, pertanto, deve quanto prima redigere questo elenco, attingendo i nominativi dalla contabilità a sua disposizione e potendo, se lo ritiene opportuno, ricorrere a fonti non ufficiali²².

L’argomento fondato sul richiamo applicativo dell’art. 124 l.f. esige comunque uno sforzo interpretativo volto ad adattare la previsione al diverso contesto della l.c.a. Tra gli organi della l.c.a. (art. 198 l.f.), infatti, non figura l’organo chiamato a valutare l’attendibilità dell’elenco (*i.e.* il giudice delegato) ed in ogni caso il tribunale è competente soltanto in sede di impugnazione dello stato passivo. La lacuna può essere colmata delegando questo compito all’autorità vigilante²³: il rilascio dell’autorizzazione implica, infatti, la cognizione incidentale dell’elenco poiché solo dalla sua attendibilità può dipendere ogni giudizio sulla credibilità dell’iniziativa. Peraltro, va notato che l’assenza di un quadro definitivo del passivo rende più difficile valutare la rispondenza della soluzione concordataria all’interesse pubblico sicché non è inverosimile che l’autorità di vigilanza

²¹ ZANICHELLI, *op. cit.*, 526. Conf. FABIANI, *Liquidazione coatta amministrativa*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 21.

²² Sul punto, DI IULIO, *op. cit.*, 735-736. Conf. GUGLIELMUCCI, *Sub art. 124*, cit., 1205 ss. *Contra* PACCHI, *Il concordato fallimentare*, cit., 57.

²³ ZANICHELLI, *op. cit.*, 526.

ritenga comunque di attendere il deposito dell'elenco in cancelleria, vanificando di fatto il vantaggio temporale²⁴.

A fronte di una proposta "anticipata" autorizzata, si sostiene che il tribunale non debba dare corso al giudizio di approvazione prima che lo stato passivo diventi esecutivo. L'art. 214, co. 2, l.f., infatti, prescrive che la proposta sia comunicata dal commissario a tutti i creditori «ammessi al passivo»: in assenza di creditori ammessi – si afferma – non sarebbe possibile alcuna opposizione²⁵.

L'argomento non è esatto poiché il diritto di opposizione è riconosciuto ai creditori ed agli «altri interessati», tra i quali rientrano anche i creditori concorsuali; piuttosto, il loro diritto risulta compromesso nel caso in cui il commissario liquidatore non provveda ad una comunicazione individuale della proposta a norma dell'art. 207 l.f..

Ciò detto, ritengo che un'interpretazione "adeguatrice" del dettato dell'art. 124 l.f. non consenta di escludere *a priori* l'ammissibilità di un concordato "anticipato" che, se approvato, potrebbe consentire all'impresa un pronto ritorno sul mercato a fronte del minimo dispendio di valori aziendali. Del resto, la volontà legislativa di privilegiare, mediante un'anticipazione dei tempi, la tutela di questi valori può dirsi immanente anche in tale contesto, ove l'interesse pubblico sotteso all'attività di impresa è, per di più, molto rilevante²⁶. Ad ogni modo, però, deve osservarsi che, nonostante le nobili intenzioni che hanno accompagnato la sua previsione, nei fatti il concordato "anticipato" ha tradito ogni attesa per la nota – e giustificata – diffidenza che la prassi mostra nei suoi confronti.

È, difatti, preferibile, per il terzo, attendere la formazione dello stato passivo per poter meglio ponderare i limiti del proprio impegno economico atteso che questi può limitarlo

²⁴ La presentazione della proposta, infatti, non interrompe la formazione dello stato passivo.

²⁵ CASTIELLO D'ANTONIO, *op. cit.*, 779.

Proprio dalla norma citata l'Autore trae conferma indiretta del fatto che il concordato in esame possa essere proposto nel solo caso in cui la l.c.a. sia stata aperta a seguito di dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza ovvero per «insufficienza di attivo».

²⁶ Cfr. DI IULIO, *op. cit.*, 735.

solo sulla base del futuro stato passivo (arg. *ex art.* 124, co. 4, l.f.). A questo poi si aggiunga che il tempo per formare l'elenco e per ottenere l'autorizzazione della proposta può essere tale che nel frattempo lo stato passivo sia già stato formato.

Merita attenzione, infine, la questione relativa all'applicabilità al concordato di cui all'art. 214 l.f. della dilazione temporale alla presentazione della proposta imposta all'impresa sottoposta a l.c.a. dall'art. 124, co. 2, l.f., nella parte in cui prevede che «essa non può essere presentata dal fallito, da società cui egli partecipi o da società sottoposte a comune controllo, se non dopo il decorso di un anno dalla dichiarazione di fallimento e purché non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo». Anche in tal caso, una lettura formale del rinvio depone a favore della sua applicabilità. Questa lettura, tuttavia, va precisata alla luce della *ratio* che ha indotto il legislatore a prevedere questa limitazione per il fallito, e cioè la volontà di agevolare il ricorso al concordato preventivo²⁷. In base ad essa, pertanto, va osservato che se di regola l'ente soggetto a l.c.a. può avvalersi della procedura di concordato preventivo (art. 3 l.f.), talvolta le leggi speciali non ammettono alternative alla liquidazione²⁸. In questi casi, perciò, è logico concludere come non si possa sanzionare un'impresa per non aver fatto ricorso ad una procedura a lei preclusa²⁹.

Altra tesi³⁰ nega questa limitazione temporale, motivando che se la proposta del debitore è, in ipotesi, quella che più di ogni altra è capace di soddisfare l'interesse generale, l'autorità non avrebbe motivo di posticiparne l'autorizzazione in ragione di preclusioni concepite per un contesto nel quale prevale l'interesse dei creditori.

²⁷ Così si esprime la *Relazione* illustrativa al d.lgs. 169/2007: «...l'impedimento temporale di sei mesi dalla dichiarazione di fallimento per la presentazione della domanda di concordato da parte del fallito viene elevato al termine più congruo di un anno. Si rafforza in questo modo l'incentivo all'utilizzazione della procedura alternativa di concordato preventivo».

²⁸ Si veda, p. es., l'art. 80, ult. co., t.u.b. in base al quale: «Le banche non sono soggette a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta amministrativa...».

²⁹ ZANICHELLI, *op. cit.*, 527. Conf. DI IULIO, *op. cit.*, 733.

³⁰ STASI, *Sub art. 214*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia-Panzani, Torino, 2009, 1915.

La dottrina³¹ converge, invece, a favore dell'applicazione della limitazione temporale biennale decorrente dalla data di esecutività dello stato passivo e, quindi, dalla data del deposito dell'elenco *ex art. 209 l.f.*

A tal riguardo, va comunque detto che se è vero che questo termine di decadenza vuole evitare manovre dilatorie da parte dell'ente, non è meno vero che l'autorità vigilante, cui compete l'autorizzazione alla proposta concordataria, già dovrebbe scongiurare il prodursi situazioni di questo tipo³².

3. L'autorizzazione «a proporre».

Il decreto “correttivo” non ha modificato l'impronta del concordato di cui all'art. 214 l.f., che deve tuttora ritenersi un istituto che assolve *in primis* l'interesse pubblico generale. In tal senso, infatti, si spiega la scelta del legislatore di subordinare la presentazione della proposta alla preventiva autorizzazione dell'autorità di vigilanza. Diversamente dal concordato fallimentare, il soggetto sottoposto a l.c.a., e con esso ogni altro legittimato attivo, risulta, pertanto, titolare di un diritto condizionato ad un giudizio positivo di compatibilità con l'interesse pubblico alla soluzione concordata della crisi³³.

Prima di entrare nel merito di tale giudizio, conviene precisare la natura del provvedimento che l'autorità di vigilanza è tenuta ad emanare. Se, infatti, è pacifico che si tratti di un atto amministrativo reso in esito ad una istruttoria avviata dalla p.a. vigilante su istanza del soggetto legittimato a proporre il concordato od anche, come taluno ammette³⁴, dal commissario liquidatore, può destare qualche dubbio la sua qualificazione giuridica.

³¹ FABIANI, *Liquidazione coatta amministrativa*, cit., 21. Conf. DI IULIO, *op. cit.*, 735-736.

³² Cfr. ZANICHELLI, *op. cit.*, 527.

³³ *Infra*, 3.1.

³⁴ LASCARO, *op. cit.*, 68. Il procedimento amministrativo così delineato è regolato dalla l. 7 agosto 1990, n. 241.

Un portato negoziale dell'ormai superata teoria dottrinale che vedeva in tale atto un'accettazione, infatti, potrebbe indurre a pensare che esso si risolva *mutatis mutandis* in un'approvazione amministrativa che l'autorità rilascia sulla base di un giudizio positivo sul contenuto specifico della proposta³⁵.

Questa lettura, tuttavia, non può trovare conforto nel testo della legge poiché, se si presta attenzione, si può notare che l'art. 214 l.f. individua l'oggetto del potere discrezionale dell'autorità vigilante nella sola presentazione del concordato, e non anche nella proposta stessa³⁶. Ciò detto, pare dunque corretto qualificare tale atto come un'autorizzazione permissiva che, in quanto tale, consente al soggetto legittimato il concreto esercizio di un diritto che la legge gli conferisce solo in potenza.

Sulla base della sua natura costitutiva, si afferma poi che l'autorità di vigilanza non debba necessariamente conoscere la proposta, ma soltanto l'istanza del soggetto che intende proporre il concordato³⁷. Questa conclusione, del resto, trova ragione nella diversa natura, ben nota alla dottrina del settore³⁸, dell'autorizzazione rispetto all'approvazione: la prima, infatti, diversamente dalla seconda, non presuppone l'esistenza dell'atto di esercizio di un diritto, e, quindi, nel caso che qui interessa, della proposta di concordato.

Tuttavia, non ritengo che questo sia l'argomento più efficace che possa trarsi dal negato contenuto approvativo dell'attività dell'autorità amministrativa, atteso che la prassi conferma che la proposta, una volta redatta, viene trasmessa all'autorità amministrativa,

³⁵ Secondo la dottrina (v., *ex multis*, TOMEL, *L'approvazione amministrativa*, Torino, 1990, 77), infatti, il provvedimento di approvazione costituisce una manifestazione di volontà della p.a.

³⁶ «L'autorità che vigila sulla liquidazione, su parere del commissario liquidatore, sentito il comitato di sorveglianza, può autorizzare l'impresa in liquidazione, uno o più creditori o un terzo a proporre al tribunale un concordato...»

³⁷ «Non è quindi importante per l'autorità amministrativa avere la diretta conoscenza del pratico esplicarsi del potere del privato, ma è sufficiente conoscere quale tipo di potere egli intenda esplicare». Così LASCARO, *op. cit.*, 68.

³⁸ «L'autorizzazione ha come funzione di facultizzare il titolare di un potere ad esercitarlo nel caso specifico e si atteggia come presupposto; l'approvazione intervenendo in un momento successivo a quello in cui si realizza l'atto da approvare, ne condiziona esclusivamente l'efficacia»: cfr. SALVATORE, voce *Autorizzazione*, in *Enc. Giur. it.*, Roma, 1988, 4.

talvolta anche senza i pareri del commissario liquidatore e del comitato di sorveglianza³⁹. A dire il vero, la scansione temporale dell'art. 214 l.f., che subordina l'autorizzazione alla preventiva acquisizione dei pareri del commissario liquidatore e del comitato di sorveglianza, suggerisce la necessità che l'istanza sia corredata dallo stesso piano concordatario. Se così non fosse, infatti, non si coglierebbe la *ratio* di demandare a tali organi l'obbligo di formulare un parere nel caso in cui, in ipotesi, dovesse mancare l'oggetto stesso dell'attività consultiva⁴⁰.

Preso atto, dunque, che la valutazione demandata all'autorità di vigilanza presuppone l'esistenza e con essa la cognizione della proposta, deve osservarsi che la semplice natura permissiva, o costitutiva di un diritto, dell'atto che si domanda a tale autorità impone che questa cognizione si limiti ad accertare la non contrarietà all'interesse pubblico tutelato dell'esercizio dell'iniziativa concordataria (*i.e.* il diritto), e non anche l'idoneità o meno della proposta (*i.e.* l'atto) a soddisfare in concreto le ragioni dei creditori⁴¹. In sede di autorizzazione, pertanto, essa non è tenuta a formulare un giudizio sul contenuto specifico della proposta poiché la sua approvazione nel merito è demandata in via esclusiva all'autorità giudiziaria⁴². In tal senso, può dirsi che l'autorità di vigilanza conosce la proposta, ma non decide su di essa, dovendo invece deliberare, con effetti costitutivi, sul diritto del soggetto legittimato a «proporre un concordato».

³⁹ In tal caso è compito dell'autorità di vigilanza acquisirli, trasmettendo la proposta ricevuta ai due organi della procedura e richiedendo sulla stessa le loro dovute considerazioni. Sul punto, DI IULIO, *op. cit.*, 736.

⁴⁰ Il parere reso dal commissario liquidatore e dal comitato di sorveglianza, se nominato, è obbligatorio, ma non vincolante. Nell'ipotesi in cui non dovessero pervenire la p.a., infatti, può sostituire i predetti organi per grave inadempimento.

⁴¹ Cfr. Tar Liguria 4 novembre 1986, n. 527, in *Trib. Amm. Reg.*, 1987, I, 215 ss. Nel caso di specie, il giudice adito sanciva l'illegittimità della condotta della p.a. vigilante che aveva fondato «il diniego di autorizzazione alla proposta di concordato su una mera valutazione di convenienza della proposta medesima per i creditori e sulla ritenuta insufficienza delle garanzie all'uopo offerte», omettendo di compiere «le valutazioni di propria competenza riferite all'interesse pubblico alla presentazione della proposta».

⁴² CASTIELLO D'ANTONIO, *op. cit.*, 783-784.

Il provvedimento reso in esito a tale cognizione deve in ogni caso essere motivato ai sensi dell'art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241⁴³ e può essere impugnato davanti al giudice amministrativo per violazione di legge, eccesso di potere o vizio di competenza ovvero mediante ricorso gerarchico o straordinario⁴⁴.

È pacifico che l'autorità vigilante non abbia poteri prescrittivi e non possa, pertanto, modificare il contenuto della proposta né subordinare l'autorizzazione a determinate condizioni. D'altra parte, si ritiene che la stessa, al più, possa, nel corso del procedimento amministrativo, chiedere al proponente osservazioni, chiarimenti, integrazioni o modificazioni della proposta⁴⁵.

L'art. 214 l.f. tace sull'eventuale diniego di autorizzazione, per cui si ritiene che non sia necessario alcun formale provvedimento che dichiari inammissibile la proposta; il diniego rimane agli atti della procedura ed impedisce il deposito della proposta⁴⁶. Sotto il profilo processuale, pertanto, l'autorizzazione assurge a condizione di procedibilità del giudizio di approvazione.

3.1. L'interesse pubblico tutelato.

Il rilascio dell'autorizzazione alla presentazione della proposta presuppone, come si è anticipato, l'accertata sussistenza di un interesse pubblico alla conclusione della procedura di l.c.a. mediante concordato.

⁴³ «La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria». Si ritiene (CANNAVÒ, *Liquidazione coatta amministrativa e concordato nelle società cooperative*, Milano, 2010, 278) che nel motivare il provvedimento autorizzativo l'autorità competente possa prendere in considerazione i dati informativi sull'impresa ottenuti durante lo svolgimento dell'attività di vigilanza anteriore al decreto apertura della l.c.a.

⁴⁴ DI IULIO, *op. cit.*, 739.

⁴⁵ DI IULIO, *ivi*.

⁴⁶ ZANICHELLI, *op. cit.*, 532.

L'autorità vigilante è tenuta a compiere una valutazione comparativa tra l'interesse pubblico alla eliminazione dell'impresa, che, come si è detto, giustifica sotto il profilo funzionale la procedura di l.c.a., e l'interesse, di uguale natura ma di segno contrario, alla permanenza della stessa sul mercato. A tal proposito, il supremo Collegio precisa che «nel concordato di liquidazione sussiste una preminente ragione di interesse pubblico cui consegue la sottoposizione dell'impresa (...) ad una disciplina peculiare nella quale l'eliminazione della stessa dal mercato, ovvero un suo recupero, è gestito direttamente in sede amministrativa, per la rilevanza sociale od economica del tipo di impresa in questione»⁴⁷. Volendo semplificare, può dunque dirsi che la legge demanda all'autorità di vigilanza la scelta di convenienza tra liquidazione definitiva dell'impresa o sua conservazione; una scelta che si presenta di grande complessità poiché coinvolge a sua volta i legittimi interessi privati del proponente e, soprattutto, dei creditori. Inoltre, l'estensione della legittimazione attiva ai creditori ed ai terzi richiede oggi un esame ancora più attento poiché l'iniziativa riconosciuta ad essi, soggetti estranei al «circuito tutto interno alla procedura»⁴⁸, può esporre il concordato ad un utilizzo dettato da interessi diversi dalla conservazione dell'impresa.

Nel valutare l'opportunità della soluzione concordataria, l'autorità vigilante opera, pertanto, un bilanciamento tra interessi tra loro eterogenei. Da una parte, deve misurare i benefici che la salvezza dell'impresa può portare alla collettività in termini di tutela dei livelli occupazionali, rivalutazione del territorio, qualità dei servizi erogati e di soddisfacimento dei bisogni primari del cittadino; dall'altra, deve apprezzare, sulla base delle risultanze del parere del commissario liquidatore e del comitato di sorveglianza, l'interesse dei creditori a vedere soddisfatte le proprie ragioni sul patrimonio dell'impresa.

⁴⁷ Cass. 19.9.2006, n. 20259, cit., 13.

⁴⁸ Così DI IULIO, *op. cit.*, 737.

Interesse che deve essere valutato in astratto e, quindi, con riferimento al ceto creditorio e non al singolo creditore⁴⁹.

In ogni caso, non si tratta di un equo bilanciamento, dovendo l'autorità privilegiare l'interesse pubblico che specificamente tutela e potendo, pertanto, concedere autorizzazioni che penalizzano i diritti dei creditori che reputa ragionevolmente sacrificabili in nome della salvezza dei valori aziendali⁵⁰. Del resto, la legittimità di attenuare la rigida applicazione del principio sancito dall'art. 2740 c.c. trova ragione nella stessa "coattività" dell'istituto. L'assenza di una formale fase di votazione, infatti, denota la volontà del legislatore a che la delibazione sulla convenienza della soluzione conservativa sia condotta sulla stregua di interessi ulteriori e "più nobili" di quelli opportunistici della massa.

Ad ogni modo, gli stessi diritti che l'autorità ritiene di poter sacrificare in un'ottica di continuità aziendale trovano adeguata tutela in sede giurisdizionale, posto che la legge (art. 214, co. 3, l.f.) riconosce a ciascun creditore il diritto di opporsi all'approvazione della proposta. A fronte della privazione del voto, pertanto, i creditori hanno in questo diritto, indistinto poiché prescinde dall'entità del loro credito, uno strumento idoneo ad impedire l'approvazione di un concordato nel quale le loro ragioni «siano anche solo parzialmente sacrificate dall'interesse pubblico alla conservazione dell'impresa»⁵¹.

Il tribunale, pertanto, è tenuto a trovare il giusto bilanciamento tra valutazione positiva di soddisfacimento dell'interesse pubblico della soluzione concordataria e tutela dei diritti privati, non potendo l'uno prevalere sull'altro. Come, infatti, l'autorità vigilante non può giustificare il sacrificio imposto ai creditori se non in ragione dell'interesse pubblico alla

⁴⁹ TOMASSO, *L'interesse pubblico nel concordato*, in *Fall.*, 2011, II, 213.

⁵⁰ TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 612. Conf. TOMASSO, *L'interesse pubblico nel concordato*, cit.: «[L'Autorità, n.d.r.] non dovrebbe respingere tutte quelle proposte di concordato che contemplino, sull'altare della salvezza dell'impresa insolvente un significativo sacrificio dei creditori rispetto all'alternativa della prosecuzione della liquidazione sino al riparto finale».

⁵¹ Così Cass. 18.3.2008, n. 7263, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 3.

conservazione dell'impresa, così non vi può essere una conservazione dell'impresa che pesi sulle spalle dei suoi creditori⁵². Il che significa che il tribunale non potrà approvare il concordato se il sacrificio che esso richiede ai creditori al fine di salvare l'azienda non risulta «almeno equivalente a quello prospettato dall'alternativa ipotesi della liquidazione»⁵³.

Quanto detto consente di individuare l'interesse pubblico sotteso all'autorizzazione nella salvaguardia della funzione produttiva dell'impresa alla cui attività la legge riconosce una importante finalità economica e sociale. Interesse che, come è intuibile, presuppone l'esistenza di valori aziendali da tutelare e valorizzare per il conseguimento dell'oggetto sociale⁵⁴ e, quindi, che lo stato della liquidazione non sia, al momento della presentazione della proposta, in una fase molto avanzata. Tuttavia, poiché la prassi insegna che questa è un'ipotesi ancora rara, è naturale chiedersi quale sia l'interesse pubblico che può giustificare l'autorizzazione alla proposta nel caso in cui non vi siano più attivi "da salvare".

Ora, in assenza di una concreta prospettiva conservativa, la l.c.a. è destinata a concludersi con l'estinzione del soggetto, che, a sua volta, presuppone la definizione integrale dei rapporti che pendono in capo ad esso⁵⁵. Tuttavia, questo protrarsi della fase di liquidazione sino all'esaurimento di tali rapporti può recare pregiudizio alle stesse ragioni dei creditori che, non potendo contare su alcuna forma di tutela individuale (art. 201 l.f.), devono attendere, al di là di eventuali riparti parziali, il riparto finale per vedere esatto il proprio credito.

⁵² Cfr. D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 53 ss.

⁵³ Così Cass. 18.3.2008., n. 7263, cit.

⁵⁴ Si pensi, p.es., al caso di una società cooperativa edilizia in l.c.a. che abbia nell'attivo abitazioni non ancora ultimate.

⁵⁵ *Supra*, I, 1.

In tale contesto, pertanto, la soluzione concordataria pare la più idonea a rimediare alle inefficienze dovute a questa finalità estintiva, potendo anticipare la definizione delle pendenze in capo all'ente e, quindi, la chiusura della procedura⁵⁶. L'autorità vigilante può quindi autorizzare quelle soluzioni che, limitando i tempi della liquidazione, consentano di far conseguire ai creditori un grado di soddisfazione qualitativamente migliore (chi prima riceve, è noto, riceve di più) di quello che può portare loro una chiusura a seguito di riparto finale. In tal caso, pertanto, può dirsi che l'interesse pubblico tutelato coincide con la tutela collettiva del diritto di credito dei soggetti coinvolti nella procedura concorsuale e che, in sede di approvazione, il tribunale deve valutare la sua rispondenza al concreto interesse dei creditori oppositori⁵⁷.

Peraltro, in seguito alla recente, nonché prima, condanna che la Corte Edu ha inflitto al nostro Paese per "l'eccessiva durata" di una procedura di l.c.a.⁵⁸, l'opportunità di procedere ad una più celere conclusione della procedura dovrà essere valutata anche con riferimento alle disposizioni della l. 24 marzo 2001, n. 89 (cd. "legge Pinto"). D'ora in avanti, pertanto, l'autorità amministrativa dovrà considerare la possibilità di una condanna, da parte dell'autorità giudiziaria, al pagamento di una somma a titolo di riparazione in favore dei soggetti che lamentano di subire un pregiudizio dalla durata della fase di liquidazione dell'attivo⁵⁹.

⁵⁶ TOMASSO, *ult. op. cit.*, 214.

⁵⁷ TOMASSO, *ivi*.

⁵⁸ Corte Edu 11.1.2018, n. 32859, in *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 7-8, 1108.

Come è noto, la citata l. 24 marzo 2001, n. 89 riconosce il diritto ad «un'equa riparazione» per il danno, patrimoniale e non, cagionato dalla durata non ragionevole del processo. A tal proposito, l'art. 2, co. 2 precisa che le procedure concorsuali si considerano di «ragionevole durata» se si concludono nel termine di sei anni.

Nel caso di specie, i giudici di Strasburgo hanno accolto il ricorso di un cittadino italiano che lamentava una violazione dell'art. 6 Cedu derivante dalla non disponibilità di alcun rimedio per ottenere ristoro del pregiudizio causato dalla eccessiva durata di una procedura di l.c.a. La Corte di Cassazione (Cass. 30.12.2009, n. 28105 in *Mass. Giust. civ.*, 2009; conf. Cass. 10.6.2011, n. 12729, *ivi*, 2011), infatti, ha più volte escluso l'applicabilità alla l.c.a. della l. 89/2001 per la sua natura non giurisdizionale: cfr. TOMASSO, *La difficile ricerca di una durata standard delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2011, 434.

⁵⁹ BIANCA, *Eccessiva durata della liquidazione coatta amministrativa: arriva la prima (ed ultima?) condanna della Corte eur. dir. uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 7-8, 1108 ss.

4. Il contenuto oggettivo della proposta.

La versione originaria dell'art. 214 l.f. si limitava a prevedere che la proposta di concordato dovesse indicare «le condizioni e le eventuali garanzie», generando incertezza sul suo possibile contenuto.

Nel silenzio della legge, la dottrina riteneva possibile un concordato in forma remissoria, dilatoria ed eventualmente anche mista⁶⁰. Quanto al concordato remissorio, si precisava che dovesse soddisfare integralmente i creditori prededucibili e privilegiati ed indicare la percentuale di pagamento offerta ai creditori chirografari. Il concordato dilatorio, invece, doveva indicare la scadenza esatta del pagamento⁶¹.

Si dibatteva, invece, sull'ammissibilità di un concordato con *cessio bonorum* a favore dei creditori ovvero di un terzo assuntore. Chi lo riteneva possibile, richiama l'applicabilità in via analogica della disciplina del concordato preventivo e, soprattutto, del concordato bancario di liquidazione⁶². La contraria opinione, invece, muovendo dalla specialità dell'istituto, riteneva che la cessione dei beni non fosse coperta da un'adeguata giustificazione causale⁶³.

In un contesto segnato dalla laconicità del dettato normativo e dalla conseguente diffusa incertezza interpretativa, non si è quindi potuto fare a meno di apprezzare la riforma del

⁶⁰ DEL VECCHIO, *La liquidazione coatta amministrativa*, Milano, 1998, 313.

A questo proposito, è bene ricordare che il concordato ha natura:

- “remissoria”: quando viene offerto ai creditori il pagamento di una percentuale del loro credito con conseguente liberazione del debitore per la parte eccedente l'offerta;
- “dilatoria”: quando la proposta prevede l'integrale pagamento dei debiti dilazionato nel tempo;
- “mista”: quando la proposta prevede il pagamento parziale dei debiti, beneficiando di dilazioni.

⁶¹ TEDESCHI, *Della liquidazione coatta amministrativa*, in *Le procedure concorsuali*, a cura di Tedeschi, Torino, 1996, II, 477.

⁶² BONSIGNORI, op. cit., 315. Conf. TEDESCHI, *ivi*; RENZETTI, op. cit., 373.

⁶³ «Infatti, mentre è da escludere un vantaggio giuridicamente ed economicamente apprezzabile per i creditori, se i beni ceduti non varranno a coprire adeguatamente i loro crediti, il dissesto non si risolve e al curatore o al commissario viene a sovrapporsi il liquidatore con un aggravio di spese, per cui può addirittura concludersi che un concordato del genere sia *sine causa*». Così DEL VECCHIO, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., 314.

testo dell'art. 214 l.f., che oggi prevede la facoltà di presentare una proposta di concordato a norma dell'art. 124 l.f. Il generico rinvio alla disciplina del concordato fallimentare, infatti, riconosce al proponente ampia libertà nella redazione della proposta e rende del tutto superflua la ricerca di modelli predefiniti⁶⁴.

Ciò detto, nella generale "atipicità" che qualifica l'iniziativa concordataria, può comunque essere individuato nella «soddisfazione dei crediti» di cui all'art. 124, co. 2, lett. c), l.f. il contenuto oggettivo della proposta, e cioè il «nocciolo duro»⁶⁵ che il proponente è tenuto a garantire. Ogni concordato, infatti, deve prevedere un'attribuzione a ciascun creditore di un minimo di valore del credito vantato, non potendo tradursi in una moratoria o in una totale remissione⁶⁶.

Muovendo da questa premessa, che trova conferma nella recente giurisprudenza di legittimità⁶⁷, deve quindi essere precisato il dettato dell'art. 124, co., 2, lett. c) l.f. La norma, infatti, disponendo che la proposta «può» prevedere «la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma», pone sullo stesso piano due formule affini ma concettualmente distinte.

La «soddisfazione dei crediti» definisce un risultato – precisamente, quello al quale deve tendere la proposta – ed è volutamente un concetto più ampio di quello di pagamento in denaro poiché comprende qualsiasi mezzo attraverso cui può pervenirsi all'adempimento

⁶⁴ Cfr. NORELLI, *La sistemazione dell'insolvenza attraverso il nuovo concordato fallimentare*, in *Riv. esec. forz.*, 2006, 279.

⁶⁵ Così NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 285. Conf. FILOCAMO, *La proposta di concordato fallimentare*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, diretto da Jorio, Torino, 2016, II, 2471.

⁶⁶ NORELLI, *La sistemazione dell'insolvenza attraverso il nuovo concordato fallimentare*, cit., 281. Conf. PACCHI, *op. cit.*, 1415. *Contra* FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 98-99.

In giurisprudenza, Trib. Roma 16.4.2008, in *Dir. fall.*, 2008, II, 551, ha giudicato inammissibile, «perché irragionevole e priva di causa», una proposta di concordato (preventivo) che prevedeva il pagamento allo 0,03 % dei creditori chirografari.

⁶⁷ Cass., S.U., 23.13.2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 2538. Per la Suprema Corte, infatti, la cd. "causa concreta" del concordato consiste nel «riconoscimento di una seppur minimale consistenza del credito da essi vantato in tempi di realizzo ragionevolmente contenuti».

di un'obbligazione. Tra questi, secondo un rapporto definibile «di mezzo a fine»⁶⁸, il legislatore annovera la «ristrutturazione dei debiti», ossia la modifica del rapporto di debito con riferimento ai suoi profili soggettivi ed oggettivi e, quindi, si premura di elencare, in via del tutto esemplificativa⁶⁹, diverse modalità soddisfattive.

In via generale, può osservarsi che, sotto il profilo soggettivo, la proposta può rivisitare l'obbligazione mediante una modifica del debitore originario (tramite assunzione, cumulativa o liberatoria) ovvero una sostituzione degli stessi creditori mediante l'attribuzione di partecipazioni o titoli «a società da questi partecipate». Sotto il profilo oggettivo, invece, il proponente può modificare l'entità dell'obbligazione e la sua scadenza: il *quantum* dovuto può essere ridotto in una percentuale determinata (o determinabile) oppure estinto per compensazione, *datio in solutum* ed assegnazione di titoli o partecipazioni, mentre il termine per l'adempimento può essere differito o dilazionato nel tempo.

4.1. Le diverse modalità soddisfattive.

Tra le possibili modalità soddisfattive il legislatore indica espressamente la cessione dei beni ai creditori, che a sua volta può avere natura traslativa ovvero semplici effetti obbligatori⁷⁰. Nel primo caso, la proposta può prevedere il trasferimento *pro soluto*⁷¹ della proprietà dei beni in favore dei creditori determinando in capo ad essi una comunione indivisa “coattiva”.

⁶⁸ NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 285.

⁶⁹ PACCHI, *op. cit.*, 1415.

⁷⁰ L'utilizzabilità di entrambe le tipologie di cessione pare pacifica: cfr. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2008, vol XI, I, 35.

⁷¹ Del resto, la si definisce cessione *pro soluto* per indicare l'effetto dell'immediata liberazione del debitore che ne consegue.

Nel secondo, invece, la titolarità dei beni oggetto di cessione viene affidata ad uno o più liquidatori che si obbligano ad amministrarli e liquidarli per ripartire il ricavato tra i creditori nel rispetto dell'ordine delle prelazioni e secondo la regola della *par condicio*. In tal caso, pertanto, la liberazione del debitore si produce solo a seguito della distribuzione dei proventi della liquidazione⁷².

L'effetto traslativo può essere realizzato anche mediante il conferimento delle attività in un *trust* istituito *ad hoc* che affida ad un *trustee*, anche diverso dal commissario liquidatore, la liquidazione di esse a beneficio dei creditori. L'istituzione del *trust*, peraltro, costituisce per costoro una valida forma di garanzia reale per l'adempimento del concordato, dal momento che il *trustee*, se diverso dal commissario liquidatore, non potrà validamente disporre del patrimonio ad esso devoluto se non per lo scopo soddisfacente convenuto. Deve osservarsi, infatti, che se è vero che la nuova disciplina non prevede più che la proposta sia assistita da garanzie a copertura dell'onere concordatario, pare comunque evidente che la presentazione di idonea garanzia costituisca un sicuro e significativo elemento ai fini della valutazione della proposta da parte dell'autorità di vigilanza⁷³.

Accanto alla cessione dei beni, la norma menziona l'accollo, intendendo con ciò tutte le diverse modalità con le quali un soggetto può sostituirsi all'impresa nell'adempimento degli impegni concordatari. A questa previsione la dottrina suole ricondurre l'ipotesi del

⁷² Cass. 18.3.2003, n. 3957, in *Fall.*, 2004, 38.

⁷³ DI IULIO, *op. cit.*, 754.

Quanto alle possibili garanzie da prestare, la genericità della norma, che parla di ristrutturazione dei debiti «attraverso qualunque forma», avvalorata la tesi della loro atipicità. La validità della tesi, del resto, trova conferma nell'art. 1179 c.c. per il quale: «chi è tenuto a dare una garanzia, senza che ne siano determinati il modo e la forma, può prestare a sua scelta un'idonea garanzia reale o personale, ovvero altra sufficiente cautela». La dottrina ammette una garanzia rappresentata dal patrimonio, ritenuto capiente, dello stesso debitore: cfr. MAFFEI ALBERTI, *Liquidazione o conservazione dell'impresa nelle procedure concorsuali vigenti*, in Aa. Vv., *Liquidazione o conservazione dell'impresa nelle procedure concorsuali*, Milano, 1996, 19. *Contra* Cass. 12 luglio 1991, n. 7790, in *Dir. fall.*, 1992, II, 35.

concordato con assunzione, il cui tratto tipizzante è dato proprio dall'assunzione⁷⁴, a fronte della cessione dell'attivo concorsuale, degli obblighi nascenti dal concordato da parte di un soggetto terzo o creditore. L'identificazione dell'assuntore, e quindi dell'obbligato, può, tuttavia, risultare oggi meno agevole di un tempo posto che la legge equipara questa specifica figura a quella più generica del «proponente». Ora, se è vero che la scelta di non menzionare l'assuntore pare logica conseguenza dell'attuale previsione di una legittimazione attiva estesa a soggetti diversi dal debitore⁷⁵, è al contempo vero che non sempre le due figure si sovrappongono: non sempre cioè «il proponente è colui che si assume le obbligazioni concordatarie»⁷⁶. In tal caso, pertanto, è necessario che la proposta indichi specificamente il soggetto che si obbliga ad adempiere il concordato⁷⁷.

Quanto alla natura dell'assunzione va precisato che, in assenza di una espressa previsione, questa si intende cumulativa e quindi non determina la liberazione del debitore⁷⁸. Nel caso in cui il patto di assunzione abbia invece natura privativa, alla definitività del decreto di approvazione (art. 130 l.f.) seguirà, accanto all'effetto tipico traslativo, l'immediata liberazione del debitore con la conseguente indisponibilità del rimedio risolutivo in caso di inadempimento del concordato (art. 137, co. 7, l.f.).

⁷⁴ NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 286. È dibattuta la natura giuridica del negozio che dà luogo a questa assunzione di debiti, potendo essa conseguire sia dall'accollo sia dalla delegazione di debito che dall'espromissione. Aderendo alla prima ipotesi, l'accollante si assume i debiti dell'accollato con dichiarazione di liberazione di quest'ultimo da parte dei creditori. Nella delegazione e nell'espromissione, del resto, il livello di tutela dei creditori è minore, potendo costoro subire opposizioni fondate sulla mancanza di rapporti di provvista e di valuta nella delegazione (art. 1271 c.c.) o del rapporto di valuta nella espromissione (art. 1272 c.c.). Con l'accollo, invece, l'accollante può opporre al creditore le sole eccezioni fondate sul contratto di accollo (art. 1273 c.c.).

⁷⁵ Dato che oggi la proposta può provenire direttamente sia dai creditori che dai terzi, non è più necessario che l'assuntore, inteso come soggetto diverso dal debitore che assume gli obblighi del concordato, venga indicato dal debitore-proponente.

Si noti, invece, che la figura è positivamente prevista nel concordato preventivo: cfr. art. 160, co. 1, lett. b), l.f.

⁷⁶ Così NIGRO-VATTERMOLI, *ivi*.

⁷⁷ Nel silenzio della legge, l'adempimento potrà avvenire sia con mezzi propri dell'assuntore che con il ricavato della vendita dei beni.

⁷⁸ NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 286; *Contra* NORELLI, *op. cit.*, 291; AMBROSINI, *Il piano di concordato*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 2011, IV, 109.

Il soddisfacimento dei creditori può anche transitare per operazioni statutarie di riorganizzazione, eventualmente deliberate in sede di decisione sulla presentazione della proposta ex art. 152 l.f. La genericità della norma, che si riferisce alle «operazioni straordinarie», consente di comprendervi la fusione, la scissione ed anche la trasformazione eterogenea⁷⁹. Quest'ultima, infatti, può ritenersi compatibile anche con la natura liquidativa della l.c.a., qualora consenta, nel caso concreto, di ridurre i tempi e gli oneri della procedura⁸⁰. Restano, tuttavia, i limiti previsti dalla disciplina codicistica della società cooperativa. Se, infatti, l'ente soggetto è vincolato alla mutualità prevalente od alla mutualità pura, la trasformazione risulta preclusa dall'art. 2545 *decies* c.c. Quando, invece, la trasformazione è possibile, essa implica la devoluzione ai fondi mutualistici del valore effettivo del patrimonio (art. 2545 *undecies* c.c.).

Tra le operazioni straordinarie, la legge menziona l'attribuzione di strumenti finanziari ai creditori o a società da questi partecipate⁸¹. I titoli detenuti dall'impresa in l.c.a., in quanto componenti dell'attivo di liquidazione, formano oggetto di cessione nell'ambito del piano di concordato. La norma consente inoltre l'emissione o creazione di titoli o quote da

⁷⁹ DE ANGELIS, *Trasformazione, fusione e scissione: riflessi concorsuali della riforma societaria*, in *Fall.*, 2004, 335 ss.

⁸⁰ Cfr. CAGNASSO, *Sub art. 2499*, in *La trasformazione*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da Businelli, Milano, 2010, 53 ss. *Contra* SANTONI, *Contenuto del piano di concordato preventivo e modalità di soddisfacimento dei creditori*, in *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, 2007, 520 ss.

⁸¹ Nel dettaglio, la norma opera uno specifico riferimento alle azioni, alle quote, alle obbligazioni, anche convertibili, ed uno più generico agli «altri strumenti finanziari e titoli di debito». Di queste ultime due categorie, la prima consiste in quegli strumenti finanziari, diversi dalle azioni, dotati di diritti patrimoniali ed amministrativi con esclusione del diritto di voto; la seconda pare riferirsi ai titoli di debito che una s.r.l. può emettere ai sensi dell'art. 2483 c.c. ed agli altri strumenti finanziari partecipativi. Cfr. AMBROSINI, *op. cit.*, 110. Sulla nozione di "titolo di debito", SPADA, *L'emissione dei titoli di debito nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. soc.*, 2003, IV, 799.

attribuire ai creditori mediante sottoscrizione ad essi riservata⁸². È poi possibile che sia l'assuntore ad offrire ai creditori strumenti finanziari di sua emissione⁸³.

Con questa attribuzione il concordato deve considerarsi adempiuto e gli eventuali inadempimenti registrati nel corso dei rapporti "sostitutivi" non potranno dare luogo alla sua risoluzione⁸⁴.

4.2. Le classi di creditori.

Il generico rinvio operato all'art. 124 l.f. consente al proponente di suddividere il ceto creditorio in classi «secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei»⁸⁵.

Il concetto di "classe", apparso nel Chapter 11 del *U.S. Bankruptcy Code* del 1978 (disciplinante la procedura di *Reorganization*) ed in seguito recepito dall'ordinamento tedesco⁸⁶, è stato a lungo ignoto al nostro diritto concorsuale. Fu, infatti, il d.l. 23 dicembre 2003, n. 47 (cd. "decreto Marzano"), a prevedere per la prima volta la facoltà del classamento dei creditori nel concordato dell'amministrazione straordinaria cd. "speciale"⁸⁷; facoltà che è stata quindi estesa dal d.l. 35/2005 al concordato preventivo e dal d.lgs. 5/2006 a quello fallimentare.

⁸² Se l'emittente è una società cooperativa (art. 2526 c.c.) occorre distinguere se questi strumenti consistono in azioni di capitale, di sovvenzione o generiche obbligazioni. Le prime possono essere acquisite esclusivamente da soci cooperatori, mentre le seconde solo da soci finanziatori. Sul punto, CANNAVÒ, *op. cit.*, 245.

⁸³ Si pensi alla costituzione di una *new co* nella quale viene conferito il patrimonio della società insolvente, per poi distribuire i titoli di essa ai creditori secondo le ragioni di ciascuno e quanto prevedono le clausole concordatarie.

⁸⁴ DI IULIO, *op. cit.*, 741.

⁸⁵ NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 486. Conf. PLATANIA, *op. cit.*, 214; TOMASSO, *La riforma del concordato nella liquidazione coatta amministrativa e nell'amministrazione straordinaria ad opera del decreto correttivo*, in *Fall.*, 2008, 110 ss.

⁸⁶ *Insolvenzordnung*, § 222.

⁸⁷ Art. 4 *bis*, d.l. 47/2003. Come è noto, il decreto "Marzano", convertito poi nell'omonima legge, consentì la soluzione concordata del dissesto del gruppo "Parmalat s.p.a.". Sul punto, MANENTE, *Il "decreto Parmalat": appunti per una prima lettura*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 48.

In assenza di una nozione di diritto positivo, ciascuna “classe” può essere definita come «un insieme di creditori cui viene offerto un determinato trattamento a titolo di soddisfacimento dei propri diritti»⁸⁸. La formazione di classi diverse di creditori, pertanto, consente al proponente di riservare a ciascuna di esse un diverso trattamento, derogando in tal modo al principio cardine della *par condicio creditorum*⁸⁹. Principio, quest’ultimo, che comunque riacquista validità all’interno di ciascuna classe⁹⁰.

Questa facoltà⁹¹ interessa principalmente i creditori chirografari e subordinati e, nel caso in cui sia previsto un pagamento non integrale dei crediti assistiti da prelazione, anche i creditori privilegiati. Per costoro, tuttavia, la suddivisione deve tenere conto della sola parte di credito degradata a chirografo.

La *ratio* sottesa all’introduzione delle classi è comunemente individuata nell’intento legislativo di agevolare il successo della soluzione concordataria per evitare – con il concordato straordinario “speciale” e preventivo – la dispersione dei valori produttivi che di regola porta con sé il fallimento e – con il concordato fallimentare – il dilungarsi dei tempi della liquidazione concorsuale⁹².

⁸⁸ ZANICHELLI, *op. cit.*, 376.

⁸⁹ Ne consegue, pertanto, che in assenza di classi il concordato deve offrire la medesima percentuale di pagamento a tutti i creditori chirografari.

Invero, autorevole dottrina (PACCHI, *op. cit.*, 1412) ritiene che la suddivisione dei creditori in classi renda più effettivo il principio della *par condicio creditorum*, eroso dal continuo proliferare dei privilegi.

⁹⁰ *Infra*, 4.4.

⁹¹ Gli indici testuali presenti nella disciplina del concordato fallimentare e preventivo depongono tutti a favore della mera facoltatività delle classi; tra tutti, lo stesso art. 124 l.f. che dispone la proposta «può», e non “deve”, prevedere la suddivisione in classi. L’esegesi testuale è valorizzata dalla stessa Corte di Cassazione (Cass. 10.2.2011, n. 3274, in *Giur. comm.*, 2012, II, 276), che precisa come la scelta di formazione delle classi debba essere discrezionale «sotto il profilo del *quantum*, del *quando* e del *quomodo*». D’altra parte, si segnala una dottrina minoritaria (FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fall.*, 2009, 437 ss.) che sostiene l’obbligatorietà delle classi qualora vi sia disomogeneità tra creditori.

⁹² Per tutti, PAJARDI-PALUCHOWSKI, *op. cit.*, 826.

Ad ogni modo, per essere compresa, questa affermazione richiede che sia chiarito come l'istituto delle classi, in virtù del suo fondamento tipicamente negoziale, possa influire positivamente sull'*iter* concordatario⁹³.

L'autonomia che la legge accorda al proponente in tema di formazione delle classi, infatti, ha un preciso significato: essa legittima il ricorso a questo strumento per allocare le risorse nel modo che questi ritiene più conveniente ai fini dell'approvazione della proposta. La facoltà di operare una distribuzione asimmetrica dell'attivo risponde così all'esigenza di preparare le condizioni migliori per ottenere il consenso alla proposta, tacitando gli eventuali tentativi di ostruzionismo dei creditori più ostili. La resistenza di costoro, infatti, può essere vinta allocando in loro favore una maggior quota delle risorse disponibili a discapito dei creditori che si presumono favorevoli alla soluzione concordataria.

Se dunque la formazione delle classi è funzionale alla formazione di una maggioranza che approvi il concordato, è naturale chiedersi quale spazio possano avere le classi nel concordato coattivo, dove l'assenza del diritto di voto preclude in origine una condotta ostruzionistica da parte dei creditori⁹⁴. Si osserva, infatti, che la suddivisione in classi manca di senso in un contesto in cui il successo della proposta non è subordinato al voto dei creditori, potendo perciò risolversi «in un trattamento sperequato a discrezione del proponente e dell'autorità di vigilanza, contro il quale la sola opposizione non sarebbe un rimedio adeguato, una volta che sia assicurata la convenienza del concordato rispetto alla liquidazione»⁹⁵.

⁹³ Infatti, diversamente dai privilegi, giustificati dall'inerenza economica di taluni crediti al bene gravato, le classi trovano ragione nello stesso principio di autonomia privata che guida la loro formazione. Cfr. FABIANI, *La giustificazione delle classi nei concordati e il superamento della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 711 ss.

⁹⁴ Del resto, prima dell'emanazione del d.l. 169/2007, Cass. 19.9.2006, n. 20259, cit., negò la facoltà di prevedere un trattamento differenziato dei creditori nel concordato di cui all'art. 214 l.f.. In senso adesivo, TRICOMI, *I concordati nelle procedure concorsuali "amministrative"*, in *Dir. fall.*, 2008, II, 58.

⁹⁵ ZANICHELLI, *op. cit.*, 533.

Quest'ultima affermazione, tuttavia, non sembra cogliere nel segno se è vero che il tribunale non può approvare quella proposta che non risulti, in ultima istanza, “conveniente” anche per i creditori⁹⁶. Inoltre, non vi è motivo di pensare che i creditori non possano contestare la convenienza della proposta per il solo fatto che, in difetto di voto, una classe non possa ritenersi “dissenziente”⁹⁷ dato che l’art. 214, co. 1, l.f. riconosce al singolo creditore il diritto di opporsi al concordato.

A ben vedere, invece, l’assenza di una formale deliberazione sulla proposta potrebbe valorizzare un ricorso alle classi a vantaggio dell’intero ceto creditorio.

La “coattività” del concordato, infatti, spegne sul nascere ogni tentativo di abuso dello strumento a danno dei creditori di minoranza. Del resto, è noto come le classi possano ridursi da strumento di creazione del consenso a strumento di sua “manipolazione”. La giurisprudenza⁹⁸ ne è consapevole ed è attenta a censurare, in sede di omologa, la condotta del proponente che abbia di fatto tacitato il dissenso dei creditori mediante un uso distorto dell’autonomia che la legge gli riconosce. Non è raro, infatti, che il proponente “diluiscia” i creditori in una massa di votanti in modo da ridurne l’influenza ovvero crei una o più classi, non giustificate da una effettiva diversità nel livello di soddisfacimento, al solo fine di acquisire la maggioranza dei voti.

La stessa “coattività” produce poi i suoi riflessi sulla stessa opportunità dell’impiego delle classi. Dove non è previsto il voto dei creditori sulla proposta, infatti, è evidente che il proponente che vi ricorra non intende raccogliere il consenso della maggioranza di essi.

⁹⁶ *Supra*, 3.1.

⁹⁷ Come noto, l’art. 129, co. 5, l.f., a sua volta richiamato dall’art. 214, co. 4, l.f., consente «al creditore appartenente ad una classe dissenziente» di opporsi all’omologazione del concordato, contestandone la convenienza. Come vedremo, questa disposizione – da cui si ricava, *a contrario*, il difetto di legittimazione del singolo creditore dissenziente – non può trovare applicazione per la particolare struttura dell’*iter* di approvazione della proposta.

⁹⁸ Per Trib. Milano, 19 luglio 2011, in *www.ilcaso.it*, «non è legittima la creazione di una classe come *escamotage* finalizzato alla precostituzione di un gruppo di creditori *a priori* assenziente».

In tal caso, piuttosto, farà ricorso alle classi nel caso in cui l'attuazione del piano possa dipendere funzionalmente da un diversificato trattamento qualitativo del ceto creditorio⁹⁹. L'assenza della regola della maggioranza, qui sostituita dal necessario vaglio positivo dell'autorità vigilante e del tribunale, suggerisce – o così dovrebbe – un'allocazione delle risorse che privilegi o, perlomeno, non pieghi l'efficienza alla convenienza e che sia, pertanto, idonea a garantire la fattibilità del piano concordatario.

4.2.1. L'«omogeneità» giuridica ed economica.

L'ampia autonomia che la legge accorda al proponente il concordato nella formazione delle classi trova, tuttavia, dei limiti precisi. La suddivisione, infatti, non deve alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione (art. 124, co.3, ult. inc., l.f.) e deve rispondere al duplice criterio dell'omogeneità della «posizione giuridica» e degli «interessi economici» (art. 124, co.2, lett. a), l.f.). L'assenza di una definizione normativa e la genericità dei termini adottati rende comunque incerta l'esatta individuazione di questi criteri.

Il concetto di «posizione giuridica» indica di certo il rango del credito e la sua possibilità di soddisfazione in sede esecutiva, evocando così la classica quadripartizione tra creditori concorsuali¹⁰⁰. Così semplicemente intesa, però, l'omogeneità giuridica pare una duplicazione del divieto di alterazione delle cause di prelazione; per questa ragione si

⁹⁹ Un'ipotesi applicativa può essere la seguente. Si pensi ad un attivo di liquidazione composto da poca liquidità, immobili ipotecati ed un magazzino di prodotti utilizzabili da fornitori. In tal caso, un concordato che preveda l'assegnazione degli immobili ai creditori ipotecari, la cessione del magazzino ai fornitori ed il pagamento in denaro dei creditori occasionali, sul presupposto che le condizioni di soddisfacimento (calcolate sulla base del valore di mercato dei relativi beni) non siano deteriori rispetto ad un'ipotesi concordataria senza classi, può essere la soluzione più idonea ad un pronto ritorno sul mercato dell'impresa.

¹⁰⁰ Notoriamente distinti in: a) creditori prededucibili; b) creditori privilegiati; c) creditori chirografari; d) creditori subordinati. Per la tesi restrittiva, v. Cass. 4.2.2009, n. 2706, in *Fall.*, 2009, 789.

ritiene che la «posizione giuridica» indichi anche lo stato del credito (contestato, condizionale, munito di titolo esecutivo) e/o del creditore (persona fisica o giuridica, creditore estero, banca, artigiano *etc.*)¹⁰¹. Ne consegue che, pur tra diverse categorie di creditori, sussiste omogeneità tra crediti “contestati”, *recte* tra crediti non (ancora) ammessi al passivo e per i quali sia pendente un giudizio di opposizione *ex art.* 209, co. 2, l.f., tra crediti ammessi con riserva¹⁰², tra crediti muniti di titolo esecutivo *etc.* È, inoltre, omogenea la posizione dei creditori convenuti dalla l.c.a. nell’ambito di un giudizio di revocatoria fallimentare¹⁰³.

Non pare, invece, possibile inserire nella medesima classe creditori chirografari e privilegiati, nel caso in cui questi ultimi non siano pagati integralmente, poiché così si violerebbe il divieto di alterare le cause di prelazione¹⁰⁴. In tal caso, si dovrà formare un’apposita classe nella quale allocare i creditori privilegiati limitatamente alla frazione di credito degradata a chirografo.

L’omogeneità degli «interessi economici» appare un concetto più vago ed elastico del precedente e, quindi, si presta a diverse letture interpretative. Secondo parte della dottrina¹⁰⁵ questa consiste nell’interesse che può avere ciascun creditore ad una specifica modalità di adempimento a seconda della natura, liquidatoria o meno, del concordato che si propone. Così inteso, questo criterio consente, nel caso di concordato con finalità di risanamento, di distinguere i fornitori strategici dai creditori occasionali ed offrire a

¹⁰¹ PACCHI, *op. cit.*, 1410. In giurisprudenza, Trib. Pavia, 8.4.2008, in *Dir. fall.*, 2009, II, 99 e App. Brescia, 7.4.2009, in *www.ilcaso.it*, per i quali è possibile che tra creditori privilegiati vi siano posizioni giuridiche distinte secondo il diverso grado di soddisfazione. *Contra* Trib. Piacenza, 1.10.2008, in *Dir. fall.*, 2009, II, 66.

¹⁰² Nel silenzio della legge, infatti, si ritiene (NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 482) che il commissario liquidatore possa anche procedere ad un’ammissione con riserva.

¹⁰³ DI IULIO, *op. cit.*, 729.

¹⁰⁴ DI IULIO, *ivi*. Conf. AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull’ammissibilità della domanda di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 534-535. *Contra* FERRO, *Sub art. 160*, in *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169. Disposizioni integrative e correttive. Manuale teorico-pratico*, Padova, 2008, 286.

¹⁰⁵ ZANICHELLI, *op. cit.*, 377.

costoro una maggiore quota di liquidità. I fornitori, infatti, si presumono favorevoli alla continuità aziendale e, quindi, disponibili ad una rinuncia parziale della propria pretesa nella prospettiva di proseguire i rapporti con l'impresa, una volta che questa sia tornata *in bonis*.

La giurisprudenza di legittimità¹⁰⁶, invece, relaziona l'interesse economico omogeneo «alla fonte ed alla tipologia socio-economica del credito» e valorizza sotto questo profilo l'appartenenza economica dei creditori. Questa lettura, che, tuttavia, avvicina molto l'omogeneità economica a quella giuridica, consente di distinguere i creditori finanziari, quelli industriali, quelli commerciali e via dicendo¹⁰⁷.

L'esatta definizione di questo criterio contempla, pertanto, sia la qualità soggettiva del credito sia l'interesse al soddisfacimento e deve tenere conto di una pluralità di criteri soggettivi ed oggettivi. Oltre alla specifica attività svolta dal creditore, rilevano, pertanto, anche il rapporto che unisce il creditore al debitore (*i.e.* la natura volontaria o legale dell'obbligazione), la certezza del credito e la sua entità nonché la presenza di garanzie esterne¹⁰⁸.

L'omogeneità economica, pertanto, deve essere valutata in concreto e secondo una visione prospettica connessa alle esigenze di ciascuna classe ed al contenuto della proposta¹⁰⁹; altrimenti, la funzione di questo requisito, ulteriore rispetto alla «posizione giuridica», ne uscirebbe decisamente ridimensionata.

¹⁰⁶ Cass. 26.7.2012, n. 13284, in *Fall.*, 2013, 576.

¹⁰⁷ E, quindi, esemplificando, le banche e gli altri intermediari finanziari, i fornitori, i distributori e gli agenti, i lavoratori.

¹⁰⁸ Del resto, per Trib. Milano 4.12.2008, in *Giur. merito*, 2009, 81, «la posizione di ciascun creditore deve valutarsi non solo nell'ambito del rapporto bilaterale con il debitore, ma anche con riferimento alle garanzie esterne a tale rapporto».

Il criterio dell'entità del credito consente di dividere i crediti sulla base di una o più soglie di valore. Si può prevedere, p. es., un pagamento integrale o dilazionato per i crediti inferiori ad un determinato importo ed un pagamento in percentuale per i crediti di importo maggiore.

¹⁰⁹ D'ORAZIO, *L'interesse economico omogeneo nella formazione delle classi fra autonomia negoziale e controllo di merito*, in *Giur. merito*, 2009, 982.

Da quanto detto deriva che il proponente può inserire creditori con posizione giuridica ed interessi economici omogenei in classi diverse a condizione che offra ad essi il medesimo trattamento, mentre se intende offrire trattamenti differenziati deve formare classi che si distinguano tra loro almeno per uno dei criteri enunciati. Si possono così avere più classi nelle quali i creditori in esse allocati sono tutti portatori di un unico interesse ma con posizione giuridica diversa e viceversa classi in cui i creditori che le compongono hanno una posizione giuridica omogenea ma con interessi economici diversi¹¹⁰.

L'esame sul rispetto di tali criteri è rimesso al tribunale che decide sulla proposta (arg. ex art. 125 l.f.).

4.2.2. Il trattamento dei creditori suddivisi in classi.

L'art. 124, co. 2, lett. b), l.f. consente al proponente di riservare un trattamento diverso ai creditori che appartengono a classi differenti, purché siano indicate le ragioni. Nonostante la norma isoli questa previsione dalla facoltà di formazione delle classi, tale diversificazione, che può avere natura quantitativa o qualitativa, configura, più che una facoltà, la ragione economica – nonché l'essenza stessa – delle classi, che altrimenti potrebbero rivelarsi nulla più che un inutile fattore di complicazione¹¹¹.

La legge, tuttavia, tace sul trattamento da riservare ai creditori appartenenti alla stessa classe¹¹² e non precisa il contenuto della motivazione che giustifica il diverso trattamento, né le conseguenze di una eventuale motivazione insufficiente o incongrua.

¹¹⁰ DI IULIO, *op.cit.*, 750.

¹¹¹ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2007, 268.

¹¹² In tema di amministrazione straordinaria, l'art. 4 *bis*, co. 2, d.l. 347/2003 disciplina l'ipotesi, pur limitandola al caso in cui siano inseriti nella medesima classe creditori di società con condizioni patrimoniali diverse.

Al riguardo, la dottrina¹¹³ ritiene che la scelta di prescrivere l'obbligo di motivazione nel caso in cui il proponente voglia offrire trattamenti diversi a creditori appartenenti a classi differenti, e non nel caso in cui vi siano trattamenti differenti nei confronti di creditori inseriti nella stessa classe, denoti la volontà del legislatore di ammettere la prima soluzione e non anche la seconda. Quest'ultima, infatti, sarebbe più meritevole di motivazione atteso il superamento della *par condicio* anche all'interno della stessa classe. Si deve, pertanto, concludere come non sia consentito prevedere trattamenti differenti tra creditori della medesima classe.

Quanto al contenuto della motivazione, il silenzio del legislatore rivela la volontà di lasciare al proponente un'ampia discrezionalità nell'indicare le ragioni della differenziazione. Nel caso in cui tali ragioni vengano considerate insufficienti, si ritiene che l'autorità di vigilanza possa chiedere una integrazione prima di concedere o meno l'autorizzazione¹¹⁴.

4.3. Il pagamento non integrale dei creditori privilegiati.

L'art. 124, co. 3, l.f., riconosce al proponente la facoltà di proporre un concordato che non preveda il pagamento integrale dei creditori privilegiati, a patto che il piano «ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d) designato dal tribunale».

¹¹³ STANGHELLINI, *Sub art. 124*, cit., 1965. Conf. BERTACCHINI, *Sub art. 124*, in *La riforma della legge fallimentare*, cit., 774.

¹¹⁴ DI IULIO, *op. cit.*, 751.

In virtù del richiamo applicativo di cui all'art. 214 l.f., anche nel concordato della liquidazione, la regola del pagamento integrale ed immediato dei creditori privilegiati deve ritenersi superata da quella, più elastica, del trattamento non deteriore rispetto a quello conseguibile dalla liquidazione dei beni o diritti sui quali insiste il privilegio¹¹⁵. Nello specifico, l'importo minimo che la proposta deve offrire equivale al valore di mercato dei beni oggetto di garanzia risultante dalla relazione di stima di un revisore contabile, in possesso dei requisiti previsti per la nomina a curatore dall'art. 28, lett. a) e b), l.f., designato dall'autorità di vigilanza¹¹⁶.

La stima deve, pertanto, avere ad oggetto tutti i beni di cui il proponente assume l'incapienza rispetto alla causa di prelazione, ivi compresi quelli che non intende acquisire¹¹⁷. In caso di privilegio speciale, essa deve valutare il bene sul quale insiste il privilegio, mentre in caso di privilegio generale, l'intero patrimonio mobiliare dell'impresa, ivi compresi i beni che dovessero entrarne a far parte nel corso della procedura¹¹⁸ ed i proventi frutto dell'esperimento di azioni giudiziali¹¹⁹.

La legge, tuttavia, non specifica se il «valore di mercato» che deve attestare la perizia debba avere come parametro il valore che si potrebbe realizzare dalla vendita del bene sul libero mercato oppure il valore che si potrebbe realizzare in sede di liquidazione concorsuale, e quindi il corrispettivo della vendita al netto dei costi ad esso connessi¹²⁰.

¹¹⁵ Con il d.l. 169/2007 la facoltà di pagare in percentuale i crediti privilegiati è stata estesa, oltre a quelli assistiti da privilegio speciale, anche a quelli assistiti da privilegio generale. A tal fine, infatti, l'art. 9, co. 5, lett. b), d.l. 169/2007, intervenendo sul testo dell'art. 124, co. 3, l.f., ha sostituito le espressioni «creditori muniti di diritto di prelazione» e «valore di mercato attribuibile al cespite o al credito oggetto di garanzia».

¹¹⁶ Trib. Verona, 12.6.2012, in *Fall.*, 2013, 363. Conf. App. Catania, 3.10.2012, in *Dir. fall.*, 2013, II, 99.

¹¹⁷ App. Catania 20.12.2016, in *Fall.*, 2017, 809. Sul punto, TOMASSO, *Concordato fallimentare e coattivo: obbligatorietà della relazione di stima e infalciabilità dei crediti prededucibili*, *ivi*, 814 ss.

¹¹⁸ GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 275.

¹¹⁹ Trib. Monza, 27.4.2006, in *Fall.*, 2006, 1436.

¹²⁰ Si segnala, comunque, che la giurisprudenza maggioritaria privilegia l'ultima soluzione. Cfr. DI IULIO, *op. cit.*, 754, nt. 68.

In ogni caso, la parte di credito che eccede questo valore, acquista natura chirografaria (arg. ex art. 127, co. 4, l.f.¹²¹).

La facoltà del pagamento parziale dei crediti privilegiati non può, comunque, alterare l'ordine legale delle cause di prelazione, così come prescrive l'art. 124, co. 3, ult. inc., l.f. Come è noto, la norma esprime una regola che si presta a diverse interpretazioni.

Se la si ritiene espressione della cd. *absolute priority rule*, si deve concludere che la proposta di concordato non possa soddisfare i crediti di rango inferiore, se non siano interamente soddisfatti quelli di grado superiore¹²².

D'altra parte, però, una lettura meno rigorosa del divieto può consentire di soddisfare i crediti di grado inferiore anche se non siano interamente soddisfatti quelli di grado superiore, sempreché il trattamento previsto per i primi non sia migliore di quello previsto per i secondi¹²³.

Si tratta, come evidente, di letture che risolvono diversamente il quesito – ad oggi irrisolto – della falcidiabilità del credito munito di privilegio generale. Al riguardo, infatti, si segnalano due opposti orientamenti giurisprudenziali.

Una parte della giurisprudenza¹²⁴ ammette, anche laddove l'attivo non consenta di pagare per intero i crediti garantiti da privilegio generale, il pagamento di tutti i creditori, purché

¹²¹ «I creditori muniti di diritto di prelazione di cui la proposta di concordato prevede, ai sensi dell'articolo 124, terzo comma, la soddisfazione non integrale, sono considerati chirografari per la parte residua del credito».

La disposizione è dettata in tema di diritto di voto, ma è evidente che se i privilegiati sono considerati chirografari, per la parte di credito non garantita, al momento del voto è perché tale dev'essere la natura del credito residuo.

¹²² BOZZA, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Fall.*, 2005, 1209. Conf. PALUCHOWSKI, *I poteri del tribunale in sede di ammissione e nel corso della procedura di concordato preventivo, con particolare riferimento alle ipotesi di conversione della procedura in fallimento*, in *Dir. fall.*, 2006, II, 595.

¹²³ STANGHELLINI, *op. cit.*, 1793 ss. Conf. ZANICHELLI, *op. cit.*, 388; FERRI, *I creditori privilegiati nella disciplina del nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2006, 697.

¹²⁴ Trib. Firenze 14.6.2008, in *Foro pad.*, 2008, 393. Conf. App. Torino 14.10.2010, in *Fall.*, 2011, 349; App. Milano, 6.10.11, in *Fall.*, 2012, 1341.

la soddisfazione sia proporzionale e riservi al creditore privilegiato una percentuale maggiore rispetto a quella offerta al chirografo.

Un'altra parte¹²⁵, invece, precisa come, in caso di incapacienza dell'attivo, non sia possibile proporre un pagamento proporzionale a tutti i creditori, a meno che non intervenga un assuntore che apporti nuova finanza.

A mio parere, il quesito può essere risolto in senso affermativo, dovendosi quindi preferire la lettura più "liberista" del divieto in esame, ma ad una precisa condizione: che ai creditori muniti di privilegio generale sia comunque offerta una percentuale di soddisfacimento almeno equivalente a quella che può derivare loro dalla liquidazione. Mi pare evidente, allora, che, se l'attivo liquidabile non consente la loro integrale remunerazione, i creditori di rango inferiore possono essere soddisfatti soltanto con risorse estranee ad esso: solo in tal caso, infatti, i creditori privilegiati non subirebbero un trattamento deteriore delle proprie ragioni, dal momento che dalla prosecuzione della liquidazione non potrebbero comunque percepire nulla di più di quanto è previsto nella proposta di concordato. Di conseguenza, se non dovesse intervenire un apporto economico esterno, le risorse presenti nell'attivo concorsuale devono essere destinate ai soli creditori con privilegio generale¹²⁶. Al di là dell'entità della soddisfazione che la proposta deve garantire ai creditori privilegiati, si discute se questa possa prevedere, in relazione a crediti coperti dalla prelazione, modalità soddisfattive diverse dal sollecito pagamento in denaro.

Parte della dottrina, infatti, nega tale facoltà ricordando come lo statuto legale posto dagli artt. 1197 e 1277 c.c. non consenta di modificare le condizioni del rapporto obbligatorio senza il consenso del creditore interessato¹²⁷. L'argomento ha una sua fondatezza se riferito al concordato fallimentare (e preventivo), dove, come è noto, i creditori privilegiati con prelazione capiente – salvo il caso di rinuncia – non hanno diritto di voto sulla

¹²⁵ Trib. Messina 18.2.2009, in *Fall.*, 2010, 79. Conf. Trib Treviso, 11.2.2009, in *Fall.*, 2009, 1439.

¹²⁶ Cfr. NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 290.

¹²⁷ ZANICHELLI, *op. cit.*, 291.

proposta. La giurisprudenza¹²⁸, del resto, pur negando l'esistenza di un divieto in tal senso, condiziona l'ammissibilità dell'offerta di un pagamento dilazionato, ovvero con modalità diverse dal denaro, all'ammissione al voto del creditore interessato.

La soluzione – per evidenti ragioni – non può essere praticata nel concordato coattivo, ma non per questo una simile proposta deve ritenersi inammissibile: l'assenza del diritto di voto, infatti, è compensata dal diritto del creditore privilegiato di contestare la convenienza dell'offerta in sede di opposizione.

4.4. La cedibilità delle azioni di pertinenza della massa.

L'art. 124, ult. co., l.f. dispone che la proposta, se presentata da uno o più creditori o da un terzo, può prevedere la cessione «oltre che dei beni compresi nell'attivo fallimentare, anche delle azioni di pertinenza della massa, purché autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa».

Anzitutto, la norma consente di precisare quanto si è detto sulla natura traslativa del concordato con assunzione¹²⁹: dietro l'accollo delle passività, l'assuntore si rende propriamente cessionario dell'attivo di liquidazione e ne acquista, pertanto, la proprietà¹³⁰.

L'attivo che può formare l'oggetto di questa cessione può dunque comporsi sia dei beni appresi dalla procedura sia delle azioni cd. “di massa”.

L'individuazione dei primi non pone particolari problemi. Come è noto, quando il legislatore parla di “beni” allude al bene in senso giuridico, e non al bene in senso

¹²⁸ Cass. 31.10.2016, n. 22045, in *www.il caso.it*, 2016. Conf. Trib. Mantova 16.9.2010, *ivi*, 2010; Trib. Milano 18.7.2010, in *Fall.*, 2010, 1216; In dottrina, ammette l'offerta ai creditori prelatizi di un pagamento con modalità diverse dal denaro, purché sia attribuito loro il diritto di voto, STANGHELLINI, *op. cit.*, 1980. Conf. PACCHI, *op. cit.*, 1421.

¹²⁹ *Supra*, 4.1.

¹³⁰ Cass., 11.5.1968, n. 1443, in *Dir. fall.*, 1968, II, 510.

materiale¹³¹; ne consegue, pertanto, che per «beni compresi» nella l.c.a. si intendono tutti i diritti compresi nella procedura.

Meno intuitiva è, invece, l'individuazione delle «azioni di pertinenza della massa» posto che la legge non offre alcuna definizione. Un consolidato formante giurisprudenziale consente, comunque, di riunire entro questa categoria sia le azioni che «derivano» dalla l.c.a. (arg. ex art. 24 l.f.) sia le azioni che spettano al commissario liquidatore in sostituzione dei creditori¹³². Derivano dalla procedura le azioni che trovano la propria ragion d'essere nella l.c.a. e non esistono fuori di essa e le azioni che per effetto di essa subiscono una deviazione dal loro schema tipico. Si tratta, tipicamente, delle azioni revocatorie fallimentari, delle azioni di inefficacia di cui agli artt. 44, 64 e 65 l.f., ovvero dell'azione di simulazione ex art. 1417 c.c.¹³³.

La generica formula adottata dal legislatore viene poi a comprendere tutte le altre azioni di cognizione dirette a reintegrare il patrimonio dell'impresa che, prima dell'inizio della procedura, potevano essere azionate dagli stessi creditori¹³⁴. Rientrano tra queste ultime l'azione surrogatoria, l'azione revocatoria ordinaria, l'azione di nullità e di annullamento, le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori e dei componenti degli organi di controllo dell'impresa di cui all'art. 206 l.f.

Non rientrano nella categoria, invece, le azioni tese a ottenere il recupero di un credito dell'impresa che è sorto prima dell'apertura della procedura¹³⁵. Questi diritti di credito, che possono avere natura commerciale o risarcitoria di danni derivanti da inadempimento o da illecito civile, rientrano nella nozione di «beni» di cui all'art. 124 cit. e possono essere

¹³¹ Cfr. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2007, 197.

Del resto, anche il codice civile parla di beni quando vuole intendere i diritti. Si pensi allo stesso art. 2740 c.c., secondo il quale: «Il debitore risponde delle obbligazioni con tutti i suoi *beni* presenti e futuri».

¹³² Cfr. Cass., 23.6.2008, n. 17033, in *Giur. comm.*, 2008, 6, 1010.

¹³³ Cass. 9.7.2005, n. 1448, in *Fall.*, 2006, 141 ss.

¹³⁴ Si tratta delle azioni che BONELLI, *Del fallimento*, I, Milano, 1938, 300, definiva «indirettamente esecutive», poiché strumentali rispetto ad una successiva esecuzione.

¹³⁵ Cass., 15.2.1999, n. 1240, in *Foro. it.*, 1999, I, 1184.

ceduti all'assuntore anche senza una specifica indicazione nella proposta¹³⁶. Dal momento in cui il decreto di approvazione diviene esecutivo, il cessionario può quindi chiederne l'adempimento in suo favore e se l'azione recuperatoria (o risarcitoria) è già stata avviata dal commissario liquidatore vi può subentrare in qualità di successore a titolo particolare nel diritto controverso *ex art. 111 c.p.c.*

Le azioni dirette a conseguire un vantaggio esclusivo per i creditori e che, in quanto tali, spettano ad essi singolarmente, non possono, invece, essere cedute per patto concordatario¹³⁷.

Nel fallimento, la cessione concordataria delle azioni di massa presuppone l'intervenuta autorizzazione del giudice delegato prevista dall'art. 31, co. 2, l.f. L'autorizzazione *de quo* deve identificare la domanda nei suoi elementi costitutivi, ovvero i soggetti, il *petitum* e la *causa petendi*¹³⁸, e la sua mancanza o la sua incompletezza è rilevabile d'ufficio¹³⁹ e rende inammissibile la domanda.

Questa previsione richiede quindi un'opera di coordinamento con la disciplina generale della l.c.a. e non tanto per l'evidente mancanza del giudice delegato, i cui poteri, ivi compreso quello autorizzativo, devono comunque ritenersi devoluti all'autorità di vigilanza (art. 201, co. 2, l.f.). Deve notarsi, infatti, che mentre l'attività sostanziale e processuale del curatore richiede di regola l'autorizzazione degli altri organi del fallimento, nella l.c.a il commissario liquidatore gode di una maggiore autonomia nello svolgimento delle sue funzioni. Nello specifico, l'art. 206 l.f., nel disciplinarne i poteri,

¹³⁶ Sostiene la necessità di una specifica indicazione, DI IULIO, *op. cit.*, 745.

¹³⁷ A tal proposito, nega la cedibilità dell'azione di responsabilità individuale di cui all'art. 2395 c.c., Cass. 20.12.2002, n. 18147, in *Foro it.*, 2003, I, 770.

¹³⁸ Si noti come il riferimento alla «specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa» evochi i concetti di «determinazione della cosa oggetto della domanda» e di «esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni» di cui all'art. 163, co. 3, nn. 3 e 4, c.p.c.

¹³⁹ *Contra* TRISORIO LIUZZI, *Concordato fallimentare e cessione delle azioni di massa*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2010, 482, per cui il difetto o l'incompletezza dell'autorizzazione darebbe luogo ad una eccezione in senso stretto.

elenca gli atti per i quali è prevista l'autorizzazione dell'autorità vigilante. Questi sono gli atti previsti dall'art. 35 l.f., se di valore indeterminato o comunque superiore a 1.032,91 euro, la continuazione dell'esercizio dell'impresa e l'azione di responsabilità contro gli amministratori e i componenti degli organi di controllo dell'impresa in liquidazione di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c. Ne consegue, per quanto qui rileva, che la sola azione di massa che necessita di autorizzazione è l'azione di responsabilità contro gli amministratori e gli organi di controllo¹⁴⁰, la quale può essere ceduta solo se autorizzata dall'autorità di vigilanza.

Nell'assenza di un richiamo all'art. 31, co. 2, l.f., pertanto, deve ritenersi che il commissario liquidatore abbia capacità processuale, e non debba munirsi della previa autorizzazione dell'autorità vigilante, per l'esercizio di ogni altra azione¹⁴¹.

La disciplina codicistica dell'azione sociale di responsabilità di cui all'art. 2393 c.c. deve, comunque, essere adeguata alla disciplina concorsuale degli effetti della l.c.a. Il presupposto della preventiva delibera assembleare per l'esercizio dell'azione di cui al co. 1, infatti, collide con la generale sospensione delle funzioni dell'assemblea prevista dall'art. 200, co. 1, l.f.: in pendenza della l.c.a., pertanto, la citata previsione non può trovare applicazione e risulta sufficiente l'autorizzazione di cui all'art. 206 l.f.¹⁴². Peraltro, una volta ottenuta l'autorizzazione, che può anche intervenire come ratifica se il giudizio

¹⁴⁰ Il tenore della norma, che indica come destinatari dell'azione gli «amministratori e i componenti degli organi di controllo», consente di estendere la legittimazione passiva ad altre figure, quali i direttori generali nominati dall'assemblea o per disposizione dello statuto, in relazione ai compiti loro affidati (art. 2396 c.c.) i sindaci, i liquidatori, i componenti del consiglio di amministrazione nel sistema monistico e i consiglieri di gestione nel sistema dualistico.

La natura della responsabilità per la quale il commissario o l'assuntore agiscono è contrattuale (così Cass. 29.10.2008, n. 25977, in *Dir. e giust.*, 2008) e, quindi, grava su di essi soltanto l'onere di provare la violazione ed il nesso di causalità tra questa ed il danno verificatosi.

¹⁴¹ Trib. Torino, 28.10.1991, in *Fall.*, 1992, 519. Conf. Cass. 23.2.1993, n. 2223, *ivi*, 1993, 822.

¹⁴² BAVETTA, *Gli organi della procedura: l'autorità amministrativa di vigilanza e il commissario liquidatore*, in *Le procedure concorsuali. Procedure minori*, cit., 788.

è già stato instaurato¹⁴³, il commissario liquidatore non deve chiederne una nuova in caso di impugnazioni¹⁴⁴.

Nonostante l'art. 206 l.f. non menzioni l'art. 2476 c.c., e con esso l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.r.l., anche questa azione può essere esercitata dal commissario liquidatore ed è quindi cedibile se previamente autorizzata dell'autorità di vigilanza¹⁴⁵. La norma, infatti, fa tuttora riferimento al quadro normativo previgente dove non esisteva una disciplina autonoma delle s.r.l. e, in tema di responsabilità, l'art. 2487, co. 2, c.c. rinviava, per l'appunto, agli artt. 2393 e 2394 c.c.

È soggetta al medesimo regime autorizzatorio di cui all'art. 206 l.f. anche l'azione di responsabilità per esercizio di attività di direzione e coordinamento che spetta al commissario liquidatore *ex art.* 2497, co. 4, c.c. L'argomento trova una conferma indiretta nella disciplina speciale della l.c.a. bancaria, ove l'art. 84, co. 5, t.u.b. condiziona l'esercizio di questa azione alla previa autorizzazione della Banca d'Italia¹⁴⁶.

¹⁴³ Trib. Milano, 10.2.1997, in *Fall.*, 1997, 765 ss.

¹⁴⁴ Cass. 10.8.2008, n. 24908, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 10, 1462.

¹⁴⁵ Va precisato che l'attuale disciplina della responsabilità degli amministratori nella s.r.l. presenta alcune specificità rispetto a quella dettata dagli artt. 2393 e 2394 c.c. Manca, infatti, la previsione di un'azione avviata dai creditori sociali ed è invece prevista la responsabilità, in solido con gli amministratori, dei soci «che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi» (art. 2476, ult. co., c.c.). Ne deriva, pertanto, che il commissario liquidatore, o l'assuntore, è legittimato all'esercizio dell'azione nei confronti degli amministratori, dei sindaci e dei soci nei casi di cui all'art. 2476 c.c., ma non può agire in rappresentanza dei creditori sociali.

Invero, l'opposta soluzione pare poter essere affermata sulla base di un'interpretazione estensiva dell'art. 146 l.f. e della sua successiva applicazione analogica alla l.c.a. La formula "aperta" utilizzata dall'art. 146, co. 2, l.f., infatti, sarebbe inclusiva anche dell'azione di cui all'art. 2394 c.c. (CARIDI, *Sub art. 146*, in *La riforma della legge fallimentare*, cit., 886). La dottrina prevalente, tuttavia, valorizza il dato normativo ed esclude l'applicazione dell'art. 2394 c.c. in caso di s.r.l.

Per un'attenta esposizione delle varie tesi dottrinali sull'argomento, si rinvia comunque a CASTIELLO D'ANTONIO, *op. cit.*, 701 ss.

¹⁴⁶ Ugual previsione è contenuta nell'art. 250, co. 4, d.lgs. 209/2005 (cd. "codice delle assicurazioni private", "c.p.a."). Il legislatore della riforma ha, comunque, fugato ogni dubbio. Difatti, l'art. 307 C.C.I.I., nel disciplinare i poteri del commissario, precisa che anche l'esercizio delle azioni di responsabilità di cui agli artt. 2476, co. 7 e 2497 c.c. richiede la previa autorizzazione dell'autorità vigilante.

4.4.1. La cedibilità delle azioni revocatorie fallimentari.

Tra le azioni di massa che possono formare oggetto di cessione rientrano senza ombra di dubbio le azioni revocatorie fallimentari (artt. 67-69 l.f.)¹⁴⁷, che notoriamente sono gli *assets* ai quali l'assuntore, l'organo liquidatore ed i creditori guardano con maggiore interesse. Del resto, il primo vede in esse una probabile fonte di guadagno¹⁴⁸, mentre il secondo conta sulla loro cessione per ottimizzare il ricavato della liquidazione dei beni e dei diritti del debitore nonché per ridurre i tempi ed i costi della procedura. Pare superfluo aggiungere che i creditori confidano nell'utile che l'assuntore può attingere dall'esercizio di queste azioni per ottenere il pagamento di una quota maggiore del proprio credito.

La limitazione posta dall'art. 124, co. 4, l.f. non può operare nel caso in cui il concordato preveda la cessione di revocatorie fallimentari, non essendo richiesta una specifica autorizzazione per il loro esercizio. La distanza dalla disciplina fallimentare è, peraltro, confermata dalla Suprema Corte, che più d'una volta ha precisato come la dichiarazione giudiziale di insolvenza costituisca la sola condizione essenziale per l'esercizio delle azioni revocatorie in sede di l.c.a.¹⁴⁹.

Una parte della dottrina, tuttavia, osserva che l'assenza di condizioni esplicite per la cessione delle azioni revocatorie può legittimare un abuso dello strumento revocatorio da parte dell'assuntore. Nello specifico, si denuncia un vuoto normativo per il caso in cui le azioni oggetto di cessione non siano state instaurate dal commissario liquidatore al

¹⁴⁷ Sul punto, va sottolineato che anche nel sistema previgente la giurisprudenza era giunta ad ammettere la cessione delle azioni revocatorie a favore dell'assuntore del concordato di liquidazione. Cfr. App. Roma, 1.4.1997, in *Corr. Giur.*, 1997, 1077, ove si afferma che «se è indubitabile che l'art. 214 non menzioni le azioni revocatorie, è pur vero che, essendo la procedura concorsuale sfociata nel concordato, conseguenza normale è la possibilità di cedere all'assuntore le azioni revocatorie, e la mancata menzione delle stesse non può avere la valenza di esclusione di tale possibilità, in quanto solo un espresso divieto avrebbe potuto avere un tale effetto».

¹⁴⁸ Non a caso, l'assuntore veste, di regola, i panni di un investitore privato od istituzionale (banche, società finanziarie, fondi d'investimento).

¹⁴⁹ Cass. 29.4.1994, n. 4167, in *Fall.* 1994, 1245. Conf. Cass. 20.6.2006, n. 2454, *ivi*, 2007, 307.

momento dell'approvazione del concordato¹⁵⁰. Infatti, in assenza di un giudizio sulla fondatezza della pretesa, il cessionario potrebbe disporre dell'azione come un indebito strumento di pressione volto solo a fare cassa. Per evitare un tale pericolo, pertanto, si ritiene che la proposta di concordato debba indicare le azioni revocatorie che si intendono proporre così che il commissario liquidatore e l'autorità di vigilanza possano valutarne la fondatezza¹⁵¹. Fondatezza che, a questo punto, pare dover essere valutata in sede di autorizzazione della proposta.

Questa lettura interpretativa, dunque, presuppone che le azioni revocatorie fallimentari, così come ogni altra azione di massa, possano essere cedute all'assuntore anche se i relativi giudizi non sono stati instaurati. L'assunto, tuttavia, ignora che queste, in quanto azioni «originariamente di massa», possono essere azionate solo all'interno della procedura, non esistendo né prima né dopo di essa¹⁵². La natura speciale dell'azione revocatoria fallimentare, infatti, non può non riflettersi sulla sua legittimazione attiva, che spetta al commissario liquidatore in via esclusiva, in quanto organo della procedura, e non in “sostituzione” dei creditori, come accade per le altre azioni di massa. Da ciò, pertanto, ne consegue l'impossibilità per l'assuntore di instaurare un giudizio revocatorio¹⁵³.

Del resto, è pacifico che l'oggetto della cessione non sia l'azione in sé, ma il diritto sostanziale ad essa sotteso, ossia l'utilità che può conseguirsi dall'esperimento dell'azione. Questo diritto può essere ceduto all'assuntore solo in pendenza del giudizio revocatorio promosso dal suo originario titolare, *i.e.* il commissario liquidatore, ed il suo acquisto legittima l'intervento in causa ai sensi dell'art. 111 c.p.c.

¹⁵⁰ DI IULIO, *op. cit.*, 743.

¹⁵¹ ZANICHELLI, *op. cit.*, 534.

¹⁵² NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 138. Conf. VASSALLI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2016, II, 16; SATTA, *La cedibilità delle azioni di revoca nel concordato*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, II, 318.

¹⁵³ NIGRO-VATTERMOLI, *La “cessione” delle revocatorie*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 448 ss. *Contra* TARZIA, *La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma*, in *Fall.*, 2008, 861 ss.

Vi è disaccordo, tuttavia, sulla qualità del diritto controverso nel quale subentra il cessionario.

Una parte della dottrina¹⁵⁴, infatti, ritiene che con la cessione dell'azione revocatoria fallimentare l'assuntore acquisti il diritto a liquidare il bene oggetto dell'atto revocando, e non anche la proprietà dello stesso¹⁵⁵. Il che significa che la cessione non può avere ad oggetto un diritto diverso da quello azionato dal commissario liquidatore, nel rispetto della regola *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. In seguito alla sentenza costitutiva di revoca, pertanto, l'assuntore si trova ad essere titolare del potere di promuovere nei confronti del terzo proprietario un'azione esecutiva ai sensi dell'art. 602 c.p.c.

Di diverso avviso è, invece, la giurisprudenza di legittimità¹⁵⁶, che afferma che il patto di cessione determina anche la liquidazione anticipata, e condizionata al buon esito dell'azione, del bene a favore del cessionario. Si osserva¹⁵⁷, infatti, che, se così non fosse, la cessione sarebbe priva di una reale utilità economica per l'assuntore, posto che all'aleatorietà tipica del giudizio revocatorio verrebbe a sommarsi il rischio di un'esecuzione infruttuosa. Così intesa, peraltro, la cessione non si risolve in un sicuro pregiudizio per il terzo revocato poiché questi, volendo, può evitare la revoca offrendo al cessionario il valore del bene¹⁵⁸.

Si discute, inoltre, se la cessione integrale dell'attivo a favore dell'assuntore costituisca una condizione implicita di cedibilità delle azioni revocatorie. Parte della dottrina, infatti, la ritiene necessaria argomentando che, se a seguito del trasferimento residuassero dei beni

¹⁵⁴ DI IULIO, op. cit., 746. Conf. SANDULLI, *Sub art. 106*, in *La riforma della legge fallimentare*, cit., 686.

¹⁵⁵ Si pensi ad un contratto di compravendita di un bene infungibile (p.es. un immobile). Del resto, se l'azione revocatoria ha ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, l'effetto restitutorio deve ritenersi *in re ipsa*.

¹⁵⁶ Cass. 28.4.2003, n. 6587, in *Foro. it.*, 2003, 3027 ss. Conf. Cass. 24.11.1981, n. 6229, in *Dir. fall.*, 1982, II, 291; Cass. 22.11.1979, in *Giur. comm.*, 1981, II, 921.

¹⁵⁷ NIGRO VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, cit., 459.

¹⁵⁸ *Ibid.*

in capo all'impresa, il buon esito dell'azione revocatoria andrebbe a favore di quest'ultima, ossia del soggetto che ha posto in essere l'atto in pregiudizio ai creditori¹⁵⁹.

La tesi, tuttavia, non coglie nel segno poiché in tal caso il beneficio dell'impresa sarebbe soltanto indiretto: i principali beneficiari della cessione di tali azioni sono, infatti, i creditori, che possono ottenere una più alta percentuale di soddisfacimento del loro credito¹⁶⁰. Inoltre, l'asserito obbligo per l'assuntore di rilevare l'intero attivo può rivelarsi antieconomico se questo comprende beni la cui custodia è particolarmente onerosa o che sono difficilmente liquidabili o che, comunque, egli non ha interesse ad acquisire.

In ogni caso, la prova evidente della non fondatezza di questa tesi si rinviene nella legge, che ammette la cessione autonoma delle azioni revocatorie fallimentari in sede di liquidazione dell'attivo e la condiziona alla sola pendenza del giudizio (art. 106, co. 1, l.f.). Nonostante questa previsione manchi nella disciplina della l.c.a., non sembrano esservi ragioni per negare un simile potere in capo al commissario liquidatore¹⁶¹. La legge, infatti, riconosce ad esso la più ampia libertà – salve le eventuali limitazioni impartite dall'autorità di vigilanza – nella scelta del tempo, della modalità e, soprattutto, della tipologia (isolata od aggregata) delle vendite. E proprio a questa generale libertà di forme si deve la nascita di molti degli istituti¹⁶², tra i quali, per l'appunto, la cessione autonoma delle azioni di massa, che oggi sono disciplinati al Capo VI della legge fallimentare¹⁶³.

¹⁵⁹ DI SABATO, *L'assuntore nel concordato fallimentare*, Napoli, 1960, 59. Conf. DI CATALDO, *Il concordato fallimentare con assuntore*, Milano, 1976, 58; FABIANI, *La cessione delle azioni revocatorie nel fallimento*, in *Foro. it.*, 2003, I, 3027 ss.

¹⁶⁰ NIGRO-VATTERMOLI, *op. ult. cit.*, 470.

¹⁶¹ NIGRO-VATTERMOLI, *op. ult. cit.*, 474. Conf. SPIOTTA, *Sub art. 210*, cit., 2687. L'Atrice – vittima di un evidente rifiuto – limita l'applicabilità nella l.c.a. dell'art. 106 l.f. alla sola cessione dei crediti.

¹⁶² È noto, infatti, che la cessione dell'azienda, dei suoi rami, di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco e delle attività e passività, di cui all'art. 105 l.f., trovi il suo antecedente specifico proprio nella disciplina della l.c.a. bancaria (art. 90, co. 2, t.u.b.).

¹⁶³ Nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, le disposizioni di cui al Capo VI della legge fallimentare risultano trasfuse nel Capo IV, rubricato «Esercizio dell'impresa e liquidazione dell'attivo». Per quanto qui rileva, si segnala che l'art. 215 C.C.I.I. conferma l'attuale disciplina dettata dall'art. 106 l.f. per la cessione autonoma dei crediti e delle azioni revocatorie concorsuali.

CAPITOLO TERZO

L'APPROVAZIONE E L'ESECUZIONE DEL CONCORDATO

1. Il deposito della proposta e la relativa comunicazione. – 2. Le opposizioni degli interessati. – 3. Il giudizio dinanzi al tribunale: il procedimento. – 3.1. Ruolo e contenuto del potere decisorio del tribunale. – 4. Il reclamo. – 5. L'efficacia della proposta. – 5.1. Gli effetti sostanziali. – 5.2. Gli effetti processuali. – 6. L'esecuzione. – 7. La risoluzione e l'annullamento del concordato. – 8. La riapertura della l.c.a.

1. Il deposito della proposta e la relativa comunicazione.

Dopo avere acquisito l'autorizzazione dell'autorità vigilante, il proponente può depositare la proposta, unitamente ai pareri del commissario liquidatore e del comitato di sorveglianza (se istituito), presso la cancelleria del tribunale del luogo dove l'impresa in liquidazione ha la propria «sede principale»¹.

¹ Per «sede principale» dell'impresa deve intendersi la sede “effettiva” della stessa, vale a dire, il centro direzionale, decisionale ed amministrativo dell'attività d'impresa, coincidente, fino a prova contraria, con la sua sede legale.

A tal proposito, il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza prevede la sostituzione del concetto di «sede principale» con quello del «centro degli interessi principali del debitore», in ciò uniformandosi a quanto previsto dal Regolamento (UE) n. 2015/848.

Nello specifico, ai sensi dell'art. 27, co. 3, lett. b), C.C.I.A.A., il centro degli interessi principali coincide, per le persone giuridiche e gli enti in generale, «con la sede legale risultante dal registro delle imprese o, in mancanza, con la sede effettiva dell'attività abituale».

Nel silenzio della legge, deve ritenersi doveroso il deposito dello stesso provvedimento autorizzativo, quale prova documentale dell'avvenuto assolvimento della condizione di procedibilità del giudizio di approvazione².

Non pare, invece, necessario il deposito di una formale domanda di approvazione, come prescritto dall'art. 129, co. 4., l.f.³.

All'avvenuto deposito della proposta, che determina la pendenza del giudizio di approvazione, la legge non collega alcun effetto speciale. Trattandosi, infatti, di un concordato "successivo" all'inizio della procedura, ovvero di una fase della stessa alternativa alla modalità di chiusura a seguito di riparto finale, proseguono gli effetti già prodottisi con il decreto di apertura e con essi la liquidazione dell'attivo. Del resto, la prosecuzione della fase liquidatoria, con annessa l'eseguibilità di riparti parziali, va a beneficio dello stesso ceto creditorio, che in tal modo non dovrà attendere il momento della decisione giudiziale sulla proposta per vedere soddisfatte le proprie pretese.

Lo stesso, tuttavia, non può dirsi per il proponente, il quale, di regola, misura la convenienza e la fattibilità della proposta proprio sulla composizione dell'attivo concorsuale. In quest'ottica, pertanto, non è inverosimile che una sua alterazione per effetto dell'attività liquidativa compiuta nelle more dell'approvazione del concordato possa di fatto pregiudicare l'attuazione del piano⁴.

Per ovviare a questo inconveniente, l'ordinamento predispone comunque due specifici rimedi.

Il primo consiste nella facoltà di revocare la proposta, che deve ritenersi ammessa, con i dovuti correttivi, anche in questa sede⁵. Sul punto, infatti, la giurisprudenza ritiene revocabile la proposta di concordato entro e non oltre la data fissata dal tribunale per

² DI IULIO, *op. cit.*, 756. Conf. CANNAVÒ, *op. cit.*, 248.

³ *Infra*, 3.

⁴ Si pensi, p.es., alla vendita di un bene immobile per il quale il proponente riservava una diversa destinazione in sede post-concordataria.

⁵ BONSIGNORI, *op. cit.*, 317.

l'udienza di cui all'art. 214, co. 4, l.f.⁶. La soluzione, del resto, è conforme alla struttura dell'*iter* concordatario, che non prevede una formale accettazione della proposta e, di conseguenza, una comunicazione a beneficio del proponente da parte del commissario liquidatore⁷.

Tuttavia, poiché il suo esercizio provoca la paralisi di una procedura che a suo tempo l'autorità vigilante ha giudicato conforme all'interesse pubblico generale, deve ritenersi che il tribunale, nel prendere atto della revoca, valuti la fondatezza delle ragioni che suggeriscono al proponente la non convenienza della prosecuzione. La scelta di non proseguire nell'iniziativa concordataria deve cioè essere frutto di una valutazione obiettiva sulla sopravvenuta non attuabilità della soluzione, e non di un semplice ripensamento del proponente, che – specie se questi è un terzo – potrebbe essere dettato da logiche di opportunismo.

Per il proponente, pertanto, la revoca della proposta costituisce una forma di tutela successiva al compimento di un atto, o al verificarsi di un fatto⁸, che muta il quadro che costui ha preso a riferimento per modulare l'iniziativa concordataria. Accanto a questo rimedio, l'ordinamento ne predispone un altro, che consente di evitare il prodursi di una situazione che possa pregiudicare, con effetti destabilizzanti, il buon esito della procedura già avviata: la sospensione della liquidazione concorsuale.

In sede di fallimento, come è noto, il proponente può presentare, unitamente al ricorso di cui all'art. 125 l.f., un'istanza di sospensione della liquidazione dell'attivo sulla quale decide il giudice delegato, previo parere del comitato dei creditori. Del resto, il potere di arrestare temporaneamente l'attività di liquidazione trova fondamento nell'art. 108, co. 1,

⁶ Trib. Udine, 5.6.2008, in *Fall.*, 2009, 227.

⁷ È opinione diffusa, in dottrina (Cfr. TERENCE, *La revocabilità della proposta di concordato nell'amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 2009, 227), che la proposta di concordato fallimentare possa essere revocata – secondo lo schema tipico di conclusione del contratto – fino a quando il proponente non abbia avuto conoscenza dell'accettazione della proposta e, quindi, fino al momento della comunicazione di approvazione del concordato fatta dal curatore ai sensi dell'art. 129, co. 2, l.f.

⁸ Si pensi, p. es., ad un fascio di ammissioni tardive allo stato passivo.

l.f., che, in via generale, consente al giudice delegato di sospendere, con decreto motivato, la liquidazione al ricorrere di «gravi e giustificati motivi»⁹.

Nella l.c.a. non vi sono ragioni, pur nel silenzio della legge, per negare al proponente la facoltà di chiedere e, se del caso, ottenere questo rimedio, dal momento che la medesima esigenza di questa forma di tutela (*lato sensu* cautelare) può essere avvertita durante la procedura di cui all'art. 214 l.f. Tuttavia, l'assenza di una previsione del tenore dell'art. 108 l.f., genera incertezza sulle concrete modalità di esercizio di questa facoltà, nonché sull'organo competente a disporre la sospensione.

A tal proposito, si può ipotizzare che, nel depositare la proposta di concordato, il proponente possa allegare ad essa una formale istanza di sospensione sulla quale decide il tribunale. Diversamente, l'istanza di sospensione potrebbe anche essere allegata alla richiesta di autorizzazione alla presentazione della proposta, così che sulla stessa decida l'autorità di vigilanza.

L'ultima ipotesi pare, comunque, preferibile poiché in linea con il ruolo che la legge riconosce all'autorità di vigilanza, quale organo che dirige la procedura e che, in quanto tale, presiede alle operazioni di liquidazione, potendo impartire direttive e specifiche limitazioni al commissario liquidatore (artt. 204 e 210 l.f.). Limitazioni che, nel caso di specie, potranno essere disposte anche sulla base degli acquisiti pareri formulati dagli organi della procedura.

Inoltre, la tesi pare confortata da ragioni di coerenza normativa, dato che per legge (art. 201, co. 2, l.f.) è l'autorità di vigilanza – e non il tribunale – a sostituire il giudice delegato in tutti i suoi poteri e, quindi, anche nello specifico potere di cui all'art. 108 l.f.

In seguito al deposito, la proposta viene comunicata dal commissario liquidatore a tutti i creditori ammessi al passivo, ovvero ai soggetti indicati nell'elenco di cui all'art. 209 l.f.

⁹ Trib. Mantova 20.2.2007, in *Fall.*, 2007, 838. In dottrina, LA MALFA, *L'ammissione alla procedura*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., IV, 3 ss.

o risultati tali in seguito ad impugnazione. In assenza di uno stato passivo esecutivo¹⁰, la comunicazione deve essere rivolta ai creditori inseriti negli elenchi provvisori.

Anche se la norma non lo prevede, si ritiene che la proposta proveniente da un terzo debba essere comunicata anche all'impresa in l.c.a¹¹.

Per effetto del d.l. 12 settembre 2012, n. 179, la comunicazione deve avvenire secondo le modalità telematiche previste dall'art. 207, co. 4, l.f., risultando quindi più celere che in passato¹².

Oltre a formare oggetto di comunicazione individuale, la proposta è resa pubblica mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e deposito presso l'ufficio del registro delle imprese. Dal momento che la norma non precisa se le forme di pubblicità richiamate debbano essere anteriori al deposito della proposta, si ritiene che le stesse possano essere eseguite anche in un momento successivo¹³.

2. Le opposizioni degli interessati.

L'adempimento dei prescritti doveri informativi rende edotti i soggetti interessati dell'esistenza dell'iniziativa concordataria e consente loro di valutare, ed eventualmente contestare, la convenienza della proposta.

¹⁰ L'ipotesi di una proposta "anticipata", per quanto detto *supra*, II, 2, resta comunque più teorica che pratica.

¹¹ DI IULIO, *op. cit.*, 756. *Infra*, 2.

¹² Il commissario liquidatore deve inoltrare la proposta all'indirizzo pec ad esso comunicato nel termine previsto dall'art. 207, co. 3, l.f. Nei casi di mancata indicazione dell'indirizzo, di mancata comunicazione della sua variazione ovvero di mancata consegna per cause imputabili al destinatario, la comunicazione si esegue mediante deposito in cancelleria.

Prima della riforma del testo di legge, la comunicazione andava fatta nelle forme previste dall'art. 26, co. 3, l.f., e, quindi, «tramite lettera raccomandata con avviso di ricevimento, telefax, posta elettronica con garanzia dell'avvenuta ricezione in base al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di regolamentazione amministrativa, di cui al d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445».

¹³ CANNAVÒ, *op. cit.*, 249.

Dispone, infatti, l'art. 214, co. 3, l.f. che dalla data della comunicazione, per i creditori, e da quella del compimento delle formalità pubblicitarie, per gli altri interessati, decorre il termine perentorio di trenta giorni per la presentazione delle opposizioni all'approvazione del concordato. Con l'opportuna modifica della disciplina previgente, che ancorava il *dies a quo* per il decorso del termine all'avvenuto deposito della proposta, il legislatore ha reso l'esercizio del diritto di opposizione più effettivo e conforme ai principi del "giusto processo" più volte enunciati dal giudice delle leggi¹⁴. A tal riguardo, peraltro, va dato conto di come la dottrina, nel vigore dell'originario art. 214 l.f., dubitasse della stessa natura dell'atto di esercizio di questo diritto. Era diffusa, infatti, l'opinione che vedeva nell'opposizione una semplice dichiarazione di dissenso nei confronti dell'istituto, sulla quale il tribunale non era vincolato ad emettere uno specifico provvedimento¹⁵. L'assunto, del resto, trovava conforto nella scarna lettera della legge, che si limitava a disporre che il tribunale dovesse decidere sulla proposta semplicemente «tenendo conto delle opposizioni»¹⁶.

Ad ogni modo, restava difficile accettare acriticamente la natura negoziale di un atto il cui *nomen iuris* evocava chiaramente un istituto di diritto processuale. E così, altra parte della dottrina¹⁷, sosteneva che con l'opposizione l'interessato facesse valere una domanda giudiziale, e non una semplice segnalazione di sconvenienza, dato che la stessa lo legittimava poi ad impugnare l'eventuale sentenza di approvazione del concordato¹⁸. Si trattava comunque di una domanda *sui generis* per la natura non contenziosa del giudizio che introduceva. L'oggetto immediato e diretto della pronuncia, infatti, non era l'opposizione, bensì la proposta di concordato, che il tribunale poteva approvare o meno

¹⁴ C. cost., 29.4.1993, n. 201, in *Dir. fall.*, 1993, II, 589. *Infra*, IV, 7.

¹⁵ BATTAGLIA, *Sub. art. 214*, cit., 2706.

¹⁶ *Infra*, 3.

¹⁷ BONSIGNORI, *op. cit.*, 320-321.

¹⁸ Nella sua versione originaria, infatti, l'art. 214, co. 4, l.f. disponeva che: «Contro la sentenza, che approva o respinge, il concordato, l'impresa in liquidazione, il commissario liquidatore e *gli opponenti* possono appellare entro quindici giorni dall'affissione».

in esito ad una valutazione discrezionale non vincolata alle richieste ed allegazioni presentate dagli opposenti¹⁹.

Ad oggi, comunque, l'opposizione va qualificata come domanda giudiziale *tout court*, dal momento che la stessa, *ex art. 214, co. 4, l.f.*, deve sempre formare oggetto di specifica decisione da parte del tribunale²⁰.

Per effetto del rinvio che la stessa disposizione opera all'art. 129 l.f., l'atto di opposizione deve rivestire la forma del ricorso di cui all'art. 26 l.f. e deve perciò contenere: l'indicazione del tribunale e della procedura; le generalità del ricorrente e l'elezione del domicilio nel comune in cui ha sede il giudice adito; l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'opposizione, con le relative conclusioni; l'indicazione dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti. Tra i motivi che possono fondare l'opposizione vi sono, in primo luogo, quelli relativi alla fattibilità del piano ed al sacrificio delle posizioni creditorie sotto il profilo della migliore convenienza della prosecuzione della liquidazione rispetto alla soluzione concordataria; a questi si aggiungono le censure inerenti a profili di regolarità formale del procedimento in corso. Merita attenzione, infine, il tema relativo alla legittimazione ad agire in opposizione, spettante, per legge, ai creditori ed agli «altri interessati».

Quanto ai primi, va osservato come l'assenza del diritto di voto renda di fatto più agevole l'accesso al controllo giudiziale sul merito della proposta. Nell'assenza di specifiche limitazioni²¹, infatti, ogni singolo creditore deve ritenersi legittimato ad opporsi

¹⁹ Cfr. RENZETTI, *op. cit.*, 346.

²⁰ «Il tribunale, sentito il parere dell'autorità che vigila sulla liquidazione, *decide sulle opposizioni e sulla proposta con decreto motivato in camera di consiglio*».

Si noti che, per tale aspetto, la norma riecheggia il dettato dell'art. 182 *bis*, co. 4, l.f. nella parte in cui dispone che «il tribunale, *decise le opposizioni*, procede all'omologazione» dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

²¹ Limitazioni che, come è noto, sono presenti nella disciplina del concordato fallimentare, dove il singolo creditore dissenziente non può contestare la convenienza della proposta in sede di opposizione all'omologazione (arg. *ex art. 129, co. 5, l.f.*).

all'approvazione della proposta, a prescindere dalla natura del proprio credito²², dalla sua entità ovvero dal suo inserimento in una determinata classe. Nello specifico, nel caso di un concordato con classi, non vale la regola del controllo di convenienza su sola opposizione dei creditori dissenzienti appartenenti ad una classe dissenziente²³. Questa previsione, infatti, non è compatibile con un procedimento nel quale la presentazione delle opposizioni precede temporalmente l'eventuale approvazione del concordato e fonda in capo al tribunale il dovere di decidere su di esse. Ne consegue, pertanto, che, quand'anche i creditori oppositori siano una minoranza all'interno della propria classe, il tribunale non possa esimersi dall'esame delle relative opposizioni: in caso contrario, infatti, violerebbe i propri doveri decisorii (cfr. art. 214, co. 4, l.f.).

Meno immediata appare, invece, l'individuazione degli altri soggetti che possono avere "interesse" a proporre opposizione²⁴.

Tra questi vi rientra pacificamente l'impresa in liquidazione – sempreché la proposta non provenga da essa – se non altro perché la decisione del tribunale andrà ad incidere sul suo patrimonio. Al riguardo, peraltro, si ritiene che il termine per l'opposizione decorra dalla notifica che il commissario liquidatore è tenuto a farle della proposta²⁵.

La genericità della formula adottata («altri interessati»), inoltre, consente di includere nel novero dei soggetti legittimati anche i creditori concorsuali non (ancora) concorrenti al tempo della presentazione della proposta. Si pensi a coloro per i quali penda un giudizio di impugnazione *ex art. 209 l.f.*, ovvero a coloro che hanno presentato domanda di ammissione tardiva allo stato passivo²⁶.

²² Si pensi, p.es., ad un creditore privilegiato con prelazione capiente al quale venga offerto un pagamento dilazionato, ovvero con modalità diverse dal denaro (*supra*, II, 4.3).

²³ BUCCARELLA, *op. cit.*, 447.

²⁴ Ai fini dell'ammissibilità stessa dell'opposizione, il ricorso dovrà, comunque, fondare un interesse concreto ed attuale ai sensi dell'art. 100 c.p.c.

²⁵ ZANICHELLI, *op. cit.*, 536.

²⁶ Anche nella l.c.a. possono essere presentate domande di insinuazione tardiva. A tal riguardo, l'art. 209, co. 2, l.f. prevede la diretta applicabilità dell'art. 101 l.f. con conseguente sostituzione del giudice delegato con il giudice istruttore e del curatore con il commissario liquidatore. Ne consegue, pertanto,

3. Il giudizio dinanzi al tribunale: il procedimento.

La disciplina previgente del procedimento che si svolge dinanzi all'autorità giudiziaria era piuttosto scarna e non presentava punti di contatto con quella del giudizio di omologazione in sede fallimentare. Nella sua versione originaria, infatti, l'art. 214, co. 3, l.f., si limitava a disporre che la decisione sulla proposta fosse assunta in camera di consiglio, sentito il parere dell'autorità vigilante e tenuto conto delle opposizioni. Mancava, di fatto, la fase di discussione della causa, non essendo prevista alcuna udienza nella quale potesse esplicitarsi il contraddittorio tra le parti né tantomeno l'assunzione di prove²⁷.

Ciò premesso, con il decreto "correttivo", il legislatore ha ritenuto opportuno intervenire in materia per rendere questa disciplina (più) conforme alle garanzie costituzionali del diritto di difesa e del contraddittorio. A tal fine, pertanto, la riforma ha operato in due direzioni. Da un lato, ha introdotto, come si è anticipato, il potere-dovere del tribunale di decidere sulle opposizioni presentate; dall'altro lato, ha allineato, mediante esplicito rinvio all'art. 129 l.f., la disciplina del giudizio di approvazione a quella del giudizio di omologazione del concordato fallimentare.

Sotto questo aspetto, deve comunque osservarsi che la specificità di alcune delle disposizioni contenute dell'art. 214 l.f. non rende sempre agevole il coordinamento con la norma richiamata.

Nello specifico, l'art. 129, co. 2, l.f., nella parte in cui onera il proponente di chiedere l'omologazione del concordato, non pare compatibile con la disciplina del concordato coattivo. In tal caso, infatti, il deposito della proposta non è seguito dai pareri degli organi

che, al pari delle opposizioni allo stato passivo, le domande tardive devono essere proposte e decise in sede giurisdizionale: in tal senso, *ex multis*, PAJARDI, *op. cit.*, 990.

Naturalmente, anche nella l.c.a. vale il principio secondo il quale la domanda tardiva deve essere una domanda *nuova* e, quindi, deve avere per oggetto un credito *diverso* da quello già escluso o ammesso con riserva.

²⁷ BONSIGNORI, *op. cit.*, 324.

della procedura, dal controllo giudiziale di ritualità e legittimità e dal voto del ceto creditorio, che, se favorevole, rende necessario uno specifico atto di impulso che provochi il giudizio avanti il tribunale. Ad esso può soltanto seguire – fatto salvo il caso di revoca della proposta – la fase giudiziale di approvazione, per cui deve ritenersi che tale adempimento implichi di per sé la richiesta del giudizio²⁸.

Per effetto del richiamo all'art. 129 l.f., il procedimento camerale che si svolge dinanzi al tribunale assume caratteri diversi a seconda che vengano o meno presentate opposizioni. Se non perviene alcuna contestazione, il collegio decide in camera di consiglio, sulla base della documentazione depositata e senza dover dar corso ad un'attività istruttoria o all'audizione delle parti²⁹. Nel caso contrario, invece, il presidente del collegio, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso in opposizione, designa il relatore e fissa con decreto l'udienza di comparizione entro quaranta giorni dal deposito. Il ricorso ed il decreto di fissazione dell'udienza sono quindi notificati dall'opponente al commissario liquidatore ed ai «controinteressati³⁰» entro cinque giorni dalla comunicazione del decreto³¹.

I resistenti devono costituirsi almeno cinque giorni prima dell'udienza, eleggendo il domicilio nel comune in cui ha sede il tribunale, depositando una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e in diritto e l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti. Con le stesse modalità e negli stessi termini devono costituirsi gli eventuali intervenienti.

²⁸ ZANICHELLI, *op. cit.*, 536. Conf. DI IULIO, *op. cit.*, 757. *Contra* BUCCARELLA, *op. cit.*, 451.

²⁹ Va detto, comunque, che, pur in assenza di opposizioni, il tribunale potrebbe, *ex art.* 738 c.p.c., disporre mezzi istruttori, o rilevare d'ufficio fatti o questioni, salvo poi dover consentire su di essi il contraddittorio scritto (*arg. ex art.* 101, co. 2, c.p.c.).

³⁰ Trattasi del proponente il concordato, se diverso dall'impresa in l.c.a., e dell'impresa stessa, che è parte necessaria del procedimento. Non è quindi necessario che ricorso e decreto vengano notificati a tutti i creditori ammessi al passivo.

³¹ Tra la data della notificazione e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non inferiore a quindici giorni.

Al riguardo, è ammesso l'intervento adesivo dipendente (art. 105, co. 2, c.p.c.) dei creditori non oppositori *ad adiuvandum* del proponente e, secondo alcuni³², non vi sarebbe alcun impedimento ad ammettere un'opposizione mediante costituzione nel procedimento pendente. All'udienza, il tribunale, sentite le parti, assume i mezzi di prova da queste richiesti o disposti d'ufficio, eventualmente delegando un suo componente, e, quindi, decide sulle opposizioni e sulla proposta.

L'art. 214, co.4, l.f., dispone che il tribunale, prima di adottare il provvedimento finale, che ha la forma del decreto motivato³³ ed è soggetto al regime di pubblicità previsto dell'art. 17 l.f., debba munirsi del parere dell'autorità di vigilanza³⁴.

Dal testo di legge, tuttavia, non traspare con chiarezza l'oggetto, e con esso, la funzione di questo elemento conoscitivo, che pare una reiterazione delle valutazioni che l'organo di vigilanza ha effettuato in sede di autorizzazione³⁵. Del resto, è opinione comune – e corretta³⁶ – che il parere in discorso si renda necessario solamente nel caso in cui siano state presentate opposizioni, dovendo, quindi, vertere sulle stesse³⁷. In tal caso, pertanto, l'autorità vigilante è tenuta a valutare se gli argomenti addotti dai ricorrenti forniscano elementi tali da poter modificare il giudizio positivo espresso in sede di autorizzazione alla proposta.

Resta il fatto che, qualunque sia l'esito di questa valutazione, il parere dell'autorità di vigilanza non vincola il tribunale nella sua decisione.

³² BUCCARELLA, *op. cit.*, 451.

³³ A tal proposito, si segnala che l'art. 314, co. 4, C.C.I.I. prevede, invece, che la decisione del tribunale sia resa «con sentenza in camera di consiglio».

³⁴ Nel silenzio della norma, si ritiene (CANNAVÒ, *op. cit.*, 252) che detto parere sia richiesto dal tribunale, anche per il tramite del commissario liquidatore.

³⁵ BONSIGNORI, *op. cit.*, 343.

³⁶ In tema di concordato bancario di liquidazione, infatti, l'art. 93, co. 6, t.u.b. afferma letteralmente che il parere della Banca d'Italia è reso *sulle opposizioni* alla proposta di concordato.

³⁷ CANNAVÒ, *ivi*. Conf. DI IULIO, *op. cit.*, 758. In tal senso pare esprimersi anche ZANICHELLI, *op. cit.*, 536, secondo il quale il parere dell'autorità di vigilanza «essendo stato necessariamente preceduto da un'autorizzazione della stessa autorità, ha rilievo solo per l'eventualità che nelle more siano intervenuti fatti di una qualche importanza».

3.1. Ruolo e contenuto del potere decisorio del tribunale.

Dopo avere illustrato le regole processuali che governano il procedimento di approvazione della proposta, è opportuno scendere nel merito della valutazione che il tribunale compie in camera di consiglio.

A tal riguardo, ci si domanda se la presenza o meno di opposizioni, oltre ad influire sul rito, abbia una qualche conseguenza sull'oggetto del giudizio demandato all'autorità giudiziaria.

La risposta, secondo la dottrina prevalente³⁸, è affermativa. In assenza di opposizioni, infatti, trova applicazione l'art. 129, co. 4, l.f., il quale dispone che il tribunale si limiti a verificare, oltre che l'esito della – qui assente – votazione, la regolarità della procedura. Pertanto, non potendo decidere sulla convenienza della proposta³⁹, la competenza del collegio è limitata ai suoi profili di legittimità formale e sostanziale. Da un lato, infatti, il tribunale deve accertare la propria competenza (qui intesa in senso tecnico), l'esistenza dell'autorizzazione e dei prescritti pareri ed il rispetto delle disposizioni dettate in tema di comunicazione e pubblicità della proposta; dall'altro lato, deve verificare (ed in tal caso, di una forma di controllo di merito *ex officio* si può anche parlare) se ai creditori privilegiati sia offerto l'integrale pagamento della quota di credito coperta dal valore del bene su cui insiste la prelazione e, in presenza di un concordato con classi, se siano rispettati i criteri per la loro formazione e se i trattamenti differenziati non portino ad alterare l'ordine legale dei privilegi. Se questa valutazione è positiva, il tribunale non può che approvare il concordato, omologando, in sostanza, la proposta che si presume accolta dai creditori. Del resto, si osserva che in virtù del rinvio all'art. 129 l.f. e della specifica previsione

³⁸ TOMASSO, *Il concordato*, cit., 1200-1201. Conf. ZANICHELLI, *op. cit.*, 537; DI IULIO, *op. cit.*, 758.

³⁹ Si segnala, comunque, che una dottrina minoritaria (NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 487) ammette il controllo sulla convenienza anche in assenza di opposizioni.

dell'obbligo di comunicazione della proposta ai creditori, il significato da attribuire all'assenza di opposizioni non può che essere quello del "silenzio-assenso"⁴⁰.

Va detto, comunque, che la stessa soluzione può essere affermata senza invocare l'esistenza di un tacito accordo, che, oltre a conferire all'istituto una impropria dimensione negoziale, pare il portato di quella concezione che vedeva nell'opposizione una dichiarazione di dissenso⁴¹, e non una domanda giudiziale. L'assenza di opposizioni, infatti, certifica l'assenza di un potenziale oggetto di contrasto (*res litigiosa*) tra proponente e creditori così che il tribunale, non avendo alcuna lite da dirimere, non può che prendere atto della positiva valutazione che gli altri organi della procedura hanno compiuto sulla proposta.

Il decreto che approva il concordato in assenza di opposizioni non è soggetto a reclamo (arg. *ex art.* 129, co. 4, l.f.), ma non può dirsi del pari precluso il diritto ad impugnare il provvedimento dinanzi alla Corte di Cassazione. Difatti, se, per avventura, il tribunale non ha rilevato un'omissione nella comunicazione della proposta ad uno o più creditori, è pacifico che costoro possano presentare ricorso straordinario ai sensi dell'art. 111, co. 7, Cost.⁴². Rimedio, quest'ultimo, del quale non dispone il proponente per il caso in cui il tribunale non omologhi il concordato per averne rilevato l'irregolarità. Come è noto, infatti, il decreto di rigetto dell'omologazione manca del carattere della definitività e, pertanto, non pregiudica il diritto alla presentazione di una nuova proposta.

Se vengono presentate delle opposizioni, il giudizio demandato al tribunale assume caratteri decisamente più complessi, dovendo esso valutare – oltre alla regolarità della procedura – la convenienza della proposta sulla base delle specifiche doglianze dei ricorrenti. Nello specifico, il tribunale è chiamato a verificare se la proposta leda le loro ragioni di credito e se tale lesione trovi adeguata giustificazione nel pubblico interesse che

⁴⁰ TOMASSO, *ivi*.

⁴¹ *Supra*, 2.

⁴² Cass. 14.2.2011, n. 3585, in *Fall.*, 2011, 819.

si persegue con il concordato. Ne consegue, pertanto, che la decisione di dare seguito al concordato sarà frutto di una valutazione comparativa tra interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e tutela del diritto di credito dei soggetti che partecipano all'esecuzione collettiva.

Tanto considerato, resta da chiarire se, e a quali condizioni, questa decisione possa pregiudicare i diritti dei creditori.

In dottrina, il problema viene risolto nel senso che la continuazione dell'impresa possa legittimare il sacrificio delle ragioni dei creditori⁴³. Del resto, la preminenza dell'interesse pubblico su quello privato è stata più volte affermata da quella giurisprudenza di merito⁴⁴ che, nelle l.c.a. dei consorzi agrari, non ha esitato ad approvare proposte che sottraevano alla liquidazione ed al successivo riparto a favore dei creditori, beni ritenuti funzionali alla futura ripresa dell'attività.

La teoria della supremazia dell'interesse generale sui diritti particolari dei creditori è stata, tuttavia, fermamente smentita dalla più recente giurisprudenza di legittimità⁴⁵. Per il Supremo Collegio, infatti, la speciale disciplina dettata per il concordato coattivo, ed in particolare la sua sottrazione all'approvazione del ceto creditorio, non traduce la prevalenza dell'interesse pubblico alla conservazione dell'impresa sulla tutela dei diritti dei creditori concorrenti, ma, più semplicemente, priva costoro del potere di «interloquire preventivamente» sulla scelta – rimessa all'autorità vigilante – di convenienza tra liquidazione o conservazione dell'attività di impresa⁴⁶.

⁴³ BAVETTA, *op. cit.*, 264.

⁴⁴ In materia, v., *ex multis*, Trib. Ferrara, 3.8.2006, in *Giur. comm.*, 2007, VI, 1171, secondo cui: «L'interesse pubblico alla permanenza in vita dell'impresa giustifica la sottrazione del nucleo essenziale dell'azienda e dei beni strettamente necessari per la sua esistenza alla liquidazione concorsuale, posto che l'impresa non potrebbe, altrimenti, tornare a svolgere la propria attività».

⁴⁵ Cass. 18.3.2008, n. 7263, cit. Conf. Cass. 6.2.2009, n. 2990, in *Fall.*, 2009, 386; Cass. 6.2.2013, n. 2782, in *Fall.*, 2013, 847.

⁴⁶ *Supra*, II, 3.1.

Le ragioni dei creditori, infatti, sono adeguatamente tutelate dall'opposizione, che – prosegue la Corte – «impedisce l'approvazione di un concordato nel quale quelle ragioni siano anche solo parzialmente sacrificate all'interesse pubblico alla conservazione dell'impresa». Ne consegue, pertanto, che in presenza di opposizioni l'autorità giudiziaria può procedere all'approvazione del concordato solo nel caso in cui la prospettiva di soddisfazione del ceto creditorio offerta dalla proposta sia almeno equivalente a quella offerta dalla liquidazione integrale dell'attivo.

Il principio di diritto enunciato dalla Corte consente di svolgere alcune considerazioni. In primo luogo, il giudizio comparativo demandato al tribunale si risolve, di fatto, in una valutazione prognostica sui possibili esiti della prosecuzione della liquidazione concorsuale non dissimile da quella che, in sede di concordato fallimentare, provoca l'opposizione fondata sulla convenienza della proposta (art. 129, co. 5, l.f.). La pronuncia, inoltre, statuisce chiaramente come la natura coattiva dell'istituto giustifichi la scelta, non sindacabile da parte dei creditori, di avviare o meno l'*iter* concordatario, ma non anche il sacrificio dei loro diritti di credito “sull'altare” del pubblico interesse. Si può dire, allora, che ciò che preme nel controllo dell'autorità vigilante sulla possibile prosecuzione dell'attività d'impresa non è che tale prosecuzione, se giudicata conforme all'interesse pubblico sia sempre assicurata – in tal caso, infatti, la valutazione del tribunale perderebbe gran parte della sua ragione – ma che la stessa possa restare esclusa se preventivamente giudicata in contrasto con l'interesse pubblico tutelato. Obiettivo, quest'ultimo, assicurato dalla necessaria autorizzazione pubblica alla presentazione della proposta di concordato.

4. Il reclamo.

Dal rinvio che l'art. 214, co. 4, l.f. opera all'art. 131 l.f. deriva la possibilità di impugnare, mediante reclamo, il decreto del tribunale che approva o rigetta la proposta di concordato a seguito di opposizioni.

Nel caso di rigetto del concordato, legittimati attivi sono l'impresa in l.c.a., il commissario liquidatore ed il proponente, mentre, in caso di sua approvazione, sono legittimati i soli opposenti⁴⁷. La legittimazione passiva spetta all'impresa in l.c.a, al commissario, agli opposenti ed al proponente il concordato, se diverso dall'impresa.

Il giudice competente è la Corte d'appello, che pronuncia in camera di consiglio. Il reclamo si propone con ricorso, da depositare nella cancelleria nel termine perentorio di trenta giorni dalla notificazione del decreto fatta dalla cancelleria del tribunale, ovvero, se precedente, dalla notificazione eseguita dalla controparte. Il reclamo deve contenere l'indicazione della Corte d'appello competente, le generalità del reclamante e l'elezione del domicilio nel comune in cui la corte d'Appello ha la sede, l'esposizione dei fatti e dei motivi di diritto sui quali si basa il reclamo con le relative conclusioni, l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti richiesti. Nei cinque giorni successivi al deposito, il presidente del collegio designa il relatore e fissa l'udienza di comparizione, che non potrà avere luogo prima del sessantesimo giorno decorrente dalla data di deposito del ricorso. Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato, a cura del reclamante, entro dieci giorni dalla comunicazione del decreto⁴⁸, al commissario liquidatore ed alle altre parti che si identificano, se non sono reclamanti, nell'impresa in l.c.a., nel proponente e negli opposenti.

⁴⁷ Non è legittimato il commissario liquidatore. Del resto, si osserva (BONSIGNORI, *op. cit.*, 305) che «in quanto organo gerarchicamente subordinato all'autorità che ha autorizzato la proposta, [il commissario, n.d.r.] mancherebbe dell'interesse ad impugnare».

⁴⁸ Il termine è ordinatorio: Cass. 29.11.2005, n. 26039, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 11.

Tra la data della notificazione e l'udienza devono trascorrere almeno trenta giorni, e chi volesse resistere al reclamo deve costituirsi in giudizio almeno dieci giorni prima dell'udienza tramite il deposito di una memoria che abbia gli stessi requisiti sopra indicati per il reclamo. L'intervento di qualunque interessato non può aver luogo oltre il termine stabilito per la costituzione delle parti resistenti e deve avvenire con le modalità per queste previste.

In udienza, il collegio, nel contraddittorio tra le parti, può assumere anche d'ufficio i mezzi di prova. La decisione è presa in camera di consiglio con decreto motivato, pubblicato ai sensi dell'art. 17 l.f. e quindi notificato alle parti a cura della cancelleria. Da questa notificazione decorre il termine (dimidiato) di trenta giorni per proporre ricorso in Cassazione avverso il decreto della Corte d'appello.

5. L'efficacia della proposta.

Per effetto del rinvio dell'art. 214, co. 4, l.f. all'art. 130 l.f., la proposta di concordato diviene efficace «dal momento in cui scadono i termini per opporsi all'omologazione, o dal momento in cui si esauriscono le impugnazioni previste dall'art. 129 l.f.».

Interpretata alla lettera, la norma può indurre a ritenere che, se non vengono presentati ricorsi in opposizione nel termine prescritto, la proposta acquisti efficacia ancor prima del decreto di approvazione del tribunale⁴⁹.

Tuttavia, dal momento che la rubrica della stessa si riferisce all'efficacia del decreto, deve riconoscersi come sia il decreto stesso a vincolare le parti al concordato, non potendosi obbligare il proponente ad eseguire i pagamenti alle scadenze stabilite se non è ancora

⁴⁹ In tal senso, ZANICHELLI, *op. cit.*, 540. Conf. DI IULIO, *op. cit.*, 761.

certa l'approvazione del concordato⁵⁰. La tesi, peraltro, trova conforto nell'art. 135 l.f. – richiamato dall'art. 214, co. 5, l.f. – che connette l'obbligatorietà della proposta al concordato «omologato»⁵¹.

Se, invece, vengono presentate opposizioni, si ritiene che la proposta divenga efficace nel momento in cui il tribunale decide su di esse, anche se contro tale decisione sia stato presentato reclamo⁵². Del resto, il riferimento che il legislatore opera alle impugnazioni di cui all'art. 129 l.f., e non anche al reclamo *ex art.* 131 l.f., lascia intendere che l'efficacia della proposta non sia subordinata all'esaurimento della fase contenziosa e, quindi, alla definitività del decreto di omologazione, ma al solo deposito dello stesso. Chi, invece, predilige una lettura sistematica della norma, afferma che l'art. 130 l.f., si riferisce al momento in cui la decisione sulle opposizioni diviene definitiva in quanto non più reclamabile o impugnabile⁵³. Il dibattito, tuttavia, sembra avere una rilevanza più teorica che pratica. Di regola, infatti, il proponente o l'assuntore preferiscono cautelarsi dall'obbligo di esborsi immediati convenendo, in apposite clausole, la sospensione di ogni attività in attesa dell'esito definitivo del giudizio di omologazione⁵⁴.

Per quanto richiamato, l'ultimo comma dell'art. 130 l.f., in virtù del quale, in esito alla definitività del decreto di omologazione, «il curatore rende il conto della gestione ai sensi dell'art. 116 ed il tribunale dichiara chiuso il fallimento», non può trovare applicazione. Del resto, l'art. 213 l.f. detta uno speciale procedimento di approvazione della gestione del commissario liquidatore e non vi è motivo di sostituirlo con quello previsto per la chiusura del fallimento. Inoltre, la previsione di un decreto giudiziale di chiusura sarebbe

⁵⁰ ROSSI, *Appunti su definitività ed efficacia del decreto di omologazione del concordato fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2018, V, 860 ss.

⁵¹ *Infra*, 6.

⁵² ZANICHELLI, *op. cit.*, 540. Conf. DI IULIO, *op. cit.*, 761; NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 302.

⁵³ BLATTI, *Sub art. 130*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, a cura di Ferro, Padova, 2014, 1810.

⁵⁴ Si pensi all'ipotesi di un assuntore obbligatosi ad apportare nuova finanza. È evidente che costui, in pendenza di un reclamo o di un ricorso in Cassazione avverso il decreto di omologazione, preferirà attendere l'esito dei relativi giudizi prima di dare esecuzione al concordato.

del tutto incongrua nel contesto di una procedura che – diversamente dal fallimento – il tribunale non è legittimato ad aprire e nella quale svolge un ruolo eventuale.

Deve ritenersi, allora, che, intervenuta l'approvazione definitiva del concordato, il tribunale trasmetta il decreto all'autorità vigilante affinché quest'ultima provveda a richiedere al commissario liquidatore il rendiconto della gestione e, quindi, ad emanare, in tempi ragionevolmente brevi, un decreto di chiusura della l.c.a.⁵⁵.

5.1. Gli effetti sostanziali.

In virtù dell'espresso richiamo all'art. 135 l.f. contenuto nell'art. 214, co. 5, l.f., la disciplina degli effetti sostanziali del concordato della l.c.a. può dirsi coincidente a quella del concordato fallimentare.

Con l'approvazione del concordato e la conseguente chiusura della procedura, pertanto, l'impresa in liquidazione – se proponente – riacquista la disponibilità e l'amministrazione del suo patrimonio ed i suoi organi rientrano in funzione.

Se la proposta prevede la cessione dei beni all'assuntore, l'effetto traslativo si produce con lo stesso decreto di approvazione, anche se nella prassi sono numerosi i patti concordatari che condizionano l'efficacia del trasferimento all'avvenuta esecuzione degli oneri concordatari⁵⁶. Peraltro, l'autonomia di cui gode il proponente nel determinare il contenuto della proposta consente di prevedere che, in tal caso, sia lo stesso commissario liquidatore a provvedere agli adempimenti necessari non appena la proposta diviene efficace⁵⁷.

⁵⁵ CASTIELLO D'ANTONIO, *op. cit.*, 787.

Nel senso che l'approvazione del concordato determini, invece, la chiusura della l.c.a. «senza che sia necessario un provvedimento formale da parte dell'autorità vigilante», v. Trib. Roma 19.12.1984, in *Dir. fall.*, 1985, II, 585.

⁵⁶ Sulla validità di questa condizione sospensiva, v., *ex multis*, Cass. 29.4.1992, n. 5147, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, 4.

⁵⁷ ZANICHELLI, *op. cit.*, 545.

Come è noto, l'approvazione del concordato determina per l'impresa la non esigibilità nei suoi confronti della parte di credito che eccede la percentuale concordataria⁵⁸.

Se, invece, il proponente è un soggetto diverso dall'impresa, la sua obbligazione è *ab origine* limitata alla percentuale offerta e gli eventuali pagamenti in eccedenza della stessa possono formare oggetto di ripetizione.

L'art. 135 l.f. estende l'efficacia obbligatoria del concordato a tutti i creditori concorsuali, ivi compresi quelli che non hanno presentato domanda di ammissione al passivo. Ne deriva, pertanto, che anche i creditori anteriori all'apertura della l.c.a. che non abbiano avanzato una richiesta di ammissione al passivo nelle forme previste dall'art. 208 l.f. hanno diritto al pagamento dei crediti nei limiti della percentuale di soddisfazione prevista nella proposta di concordato per la categoria di appartenenza del proprio credito⁵⁹. Il soggetto nei cui confronti questi ultimi possono azionare il proprio credito è il debitore originario e, quindi, l'impresa in liquidazione: ciò vale sia nell'ipotesi in cui questa sia il proponente il concordato sia nell'ipotesi in cui il proponente sia un creditore o un terzo che si sia avvalso della facoltà di limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli crediti ammessi allo stato passivo, anche provvisoriamente, ed a quelli oggetto di opposizione allo stato passivo o di insinuazione tardiva (art. 124, co. 4, l.f.). Se, invece, non è stata convenuta alcuna limitazione di responsabilità, i creditori concorsuali possono rivolgersi ad entrambi, ovvero al solo proponente (creditore o terzo) nel caso in cui condizione della proposta fosse l'accollo privativo dei debiti concordatari in capo ad esso.

⁵⁸ Si discute, in dottrina, sulla natura dell'effetto esdebitativo conseguente al concordato. Da una parte, si ritiene che lo stesso derivi dall'impegno dei creditori a chiedere la sola percentuale concordata, con la conseguenza che il credito resterebbe intatto, ma privo di azione, per l'eccedenza, che degrada in obbligazione naturale (in tal senso, v., *ex multis*, SATTÀ, *op. cit.*, 393). Dall'altra, si afferma che l'esdebitazione sia conseguenza di una remissione del debito (in tal senso, v., *ex multis*, BONSIGNORI, *op. cit.*, 415).

La Corte di Cassazione (Cass. 29.4.1992, n. 5147, in *Fall.*, 1992, 807) ha, comunque, disatteso la ricostruzione del concordato come patto di remissione del debito, per il fatto che la remissione, a differenza di quanto avviene nel concordato (art. 135, co.2, l.f.), libera i coobbligati e i fideiussori, e qualifica il concordato come un *pactum de non petendo* per la parte che eccede la misura concordataria.

⁵⁹ Cass. 30.3.2005, n. 6672, in *Diritto e Giustizia*, 2005, 24, 27.

Un'evidente differenza tra la posizione dei creditori concorrenti e quella dei creditori rimasti estranei alla procedura di concordato è data dal regime delle garanzie concordatarie: l'art. 135 l.f., infatti, dispone che le eventuali garanzie prestate dai terzi non si estendono ai creditori che non hanno presentato domanda di ammissione allo stato passivo⁶⁰. Poiché la *ratio* di questa previsione dimora nella diversa posizione del proponente, che, in quanto "affarista", si assume un certo rischio, rispetto al garante, che deve invece conoscere esattamente il rischio al quale si espone, sono "terzi" – stante l'attuale disciplina per la quale il concordato può essere proposto, oltre che dai creditori, da ogni altro interessato – coloro che si limitano a garantire l'esecuzione del concordato, rimanendo estranei alla proposta⁶¹.

Un'altra disposizione rilevante è quella contenuta nell'art. 135, co. 2, l.f., a mente del quale «i creditori conservano la loro azione per l'intero credito nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori e degli obbligati in via di regresso del debitore». A costoro, pertanto, ciascun creditore può chiedere, in sede post-concordataria, l'integrale pagamento del proprio credito⁶².

I garanti escussi sono legittimati ad agire in via di regresso nei confronti del debitore garantito ma solo nei limiti delle percentuali di pagamento previste nel concordato, trattandosi pur sempre di un'obbligazione sorta al momento in cui è stata rilasciata la garanzia e, quindi, in epoca antecedente all'apertura della l.c.a.

Il decreto "correttivo" ha così disatteso la giurisprudenza di legittimità che, prima della sua emanazione, riconosceva al concordato coattivo un effetto esdebitatorio a favore del

⁶⁰ La disposizione è comunque derogabile, poiché dettata nell'interesse esclusivo del garante: cfr. PROVINCIALI, *op. cit.*, 1904.

⁶¹ ZANICHELLI, *op. cit.*, 546.

⁶² Secondo la dottrina prevalente (APICE, *Diritto fallimentare*, Milano, 1996, 1062), questa disposizione non può essere derogata. In tal senso, v. Trib. Bari, 4.3.1985, in *Fall.*, 1985, 1107.

fideiussore e dei condebitori dell'impresa in liquidazione, negando l'applicabilità in via analogica dell'art. 135, co. 2, l.f.⁶³.

5.2. Gli effetti processuali.

La definitiva approvazione del concordato e la conseguente chiusura della procedura, comporta il venir meno della legittimazione sostanziale del commissario liquidatore in ordine agli eventuali diritti controversi facenti capo alla massa dei creditori poiché negli stessi succede l'impresa già posta in l.c.a., se ha riacquisito in tutto o in parte il suo patrimonio, ovvero il proponente al quale siano stati ceduti i beni o che si sia assunto l'onere di soddisfare i creditori. E così nei giudizi pendenti di impugnazione dello stato passivo formato dal commissario liquidatore subentrano, previa interruzione e riassunzione, l'impresa tornata *in bonis* o il proponente il concordato ed il processo prosegue, per il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, dinanzi al tribunale adito⁶⁴. Gli stessi sono, inoltre, legittimati ad impugnare la sentenza del tribunale che abbia dichiarato l'esistenza del credito contestato.

Perché possa disporsi l'interruzione è comunque necessario che l'evento interruttivo sia dichiarato o risulti in uno dei modi indicati nell'art. 300 c.p.c.⁶⁵.

Il decreto di approvazione non ha, invece, effetti sull'eventuale giudizio di impugnazione del decreto di apertura della l.c.a. pendente avanti al giudice amministrativo, dato che i due giudizi hanno oggetti diversi e permane l'interesse dell'impresa alla rimozione del provvedimento in quanto la stessa comporterebbe non solo la caducazione di ogni effetto

⁶³ Cass. 27.12.2005, n. 28774, in *Fall.*, 2006, 1285 ss.

⁶⁴ Ne consegue, pertanto, che, a prescindere dalla qualità del credito oggetto di accertamento (si pensi, p.es., ad un credito di lavoro), il giudizio deve essere riassunto dinanzi al tribunale ordinario: cfr. Cass. 4.5.1983, in *Fall.*, 1983, 1060.

⁶⁵ Cass. 28.2.2007, n. 4766, in *Fall.*, 2007, 775.

ablatorio sul suo patrimonio, ma farebbe venir meno le eventuali conseguenze di carattere penale⁶⁶.

Il proponente che si rende cessionario delle azioni di massa succede a titolo particolare nel diritto controverso ad esse sotteso, acquistando il diritto di intervenire nel giudizio promosso dal commissario liquidatore. In tal caso, la vicenda processuale è regolata dall'art. 111 c.p.c., in virtù del quale: il processo prosegue tra le parti originarie e, quindi, tra commissario liquidatore e convenuti in responsabilità; il proponente può intervenire od essere chiamato in causa e, se le parti lo consentono, il commissario può esserne estromesso; in ogni caso, la sentenza pronunciata contro il commissario spiega i suoi effetti anche contro il proponente, che è legittimato ad impugnarla.

Poiché il proponente non succede all'impresa ma alla massa nel diritto controverso, va precisato che non gli sono opponibili eccezioni che sarebbero state inopponibili alla massa⁶⁷. Un discorso a parte meritano le cause per revocatoria fallimentare. Se il concordato si chiude con il ritorno *in bonis* dell'impresa senza che tali azioni siano state preventivamente cedute, la domanda diviene *naturaliter* inammissibile⁶⁸. L'impresa, del resto, non potrebbe conseguire utilità dall'esperimento di un'azione volta a dichiarare l'inefficacia di determinati atti nei confronti della massa dei creditori, ma inidonea ad influire sull'efficacia degli stessi tra le parti originarie.

Come si è detto⁶⁹, le azioni revocatorie fallimentari, in quanto azioni «originariamente di massa», possono formare oggetto di cessione solo in pendenza del relativo giudizio. In tal caso, quando la proposta diviene efficace, per mancanza di opposizioni o per il rigetto delle stesse, si verifica la successione a titolo particolare del proponente nel diritto

⁶⁶ Cfr. CAIAFA, *Il concordato fallimentare*, Milano, 2008, 160.

⁶⁷ Cass. 23.6.1998, n. 6231, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 1379.

⁶⁸ Cass. 28.2.2007, n. 4766, cit.

⁶⁹ *Supra*, II, 4.4.1

controverso e trova ancora applicazione l'art. 111 c.p.c.⁷⁰. Se il commissario liquidatore rimane in giudizio perché il proponente non interviene, il procedimento si interrompe con il decreto di chiusura della procedura, poiché con esso viene meno la legittimazione processuale del commissario liquidatore. Il processo interrotto deve quindi essere riassunto dal cessionario dell'azione avanti al tribunale concorsuale nel termine perentorio di tre mesi (art. 305 c.p.c.).

Qualora il patto concordatario condizioni il trasferimento dei beni e dei diritti derivanti dalla cessione delle azioni revocatorie alla completa esecuzione del concordato, il giudizio non si interrompe per effetto della chiusura della procedura⁷¹. In tal caso, infatti, il commissario liquidatore, dovendo sorvegliare l'esecuzione del concordato, conserva la gestione del patrimonio dell'impresa in attesa che avvenga il suo trasferimento in esito all'adempimento delle obbligazioni assunte dal proponente. D'altra parte, il commissario liquidatore è il solo legittimato a proseguire l'azione, posto che, da un lato, l'impresa, ha perso la titolarità dei beni e, comunque, non può rendersi cessionaria delle azioni revocatorie (arg. ex art. 124, co. 3, l.f.) e, dall'altro lato, il cessionario non ha ancora acquisito la titolarità dell'azione⁷².

Merita attenzione, infine, il tema relativo alla sorte del credito del convenuto soccombente nel giudizio revocatorio, che acquista, ai sensi dell'art. art. 70, co. 2, l.f., natura concorsuale⁷³.

Nel caso in cui la procedura si sia chiusa per concordato, questa previsione – che consente al terzo revocato di insinuarsi tardivamente al passivo per il valore della controprestazione

⁷⁰ E quindi, in pillole, il giudizio revocatorio prosegue tra le parti originarie, salvo l'intervento del cessionario e la concordata estromissione del commissario liquidatore.

⁷¹ Cass. 29.4.1992, n. 5147, cit.

⁷² Eseguito il concordato, si verifica la successione nel diritto tra la massa, rappresentata dal commissario liquidatore, ed il proponente ma al contempo il commissario perde la legittimazione a stare in giudizio, essendo cessate le sue residue funzioni. Anche in tal caso, pertanto, il processo si interrompe ed il cessionario è tenuto a riassumerlo dinanzi al tribunale concorsuale.

⁷³ «Colui che, per effetto della revoca prevista dalle disposizioni precedenti, ha restituito quanto aveva ricevuto è ammesso al passivo fallimentare per il suo eventuale credito».

effettuata⁷⁴ – trova applicazione in via analogica⁷⁵. In tal caso, pertanto, il terzo revocato può far valere la propria pretesa nei confronti del proponente, che è tenuto a soddisfarla nei limiti della percentuale concordataria. Se questi, invece, ha limitato il proprio impegno ai soli crediti risultanti dallo stato passivo, il credito può essere azionato soltanto nei confronti dell'impresa tornata *in bonis*.

Le eventuali contestazioni non possono che essere risolte nell'ambito di un ordinario giudizio di cognizione tra “revocato” e proponente o impresa.

6. L'esecuzione.

La riforma operata dal decreto “correttivo” non ha interessato la disciplina dell'esecuzione del concordato, che si presenta, oggi come allora, decisamente scarna.

L'attuale formulazione dell'art. 214, ult. co., l.f., secondo cui «il commissario liquidatore, con l'assistenza del comitato di sorveglianza, sorveglia l'esecuzione del concordato», può destare, infatti, qualche dubbio interpretativo, posto che, da un lato, non specifica in cosa consistano i poteri di sorveglianza e, dall'altro lato, omette ogni riferimento all'autorità di vigilanza.

Nel silenzio della legge, si ritiene, comunque, che anche nella fase esecutiva l'autorità amministrativa eserciti i suoi poteri direttivi, sia pure al limitato fine di garantire l'esecuzione di quanto è previsto nel piano approvato⁷⁶. A sostegno di questa tesi, peraltro,

⁷⁴ NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 179.

⁷⁵ TRISORIO LIUZZI, *Cessione delle azioni di massa nel fallimento*, in *Fall.*, 2009, 774 ss. Conf. ZANICHELLI, *op. cit.*, 544.

È, del resto, pacifico in giurisprudenza il principio secondo il quale «la revoca del pagamento, eliminando l'effetto estintivo dell'adempimento, non crea *ex novo* un credito, ma fa risorgere, insoddisfatto, il credito originario, con il suo carattere concorsuale»: così Corte cost. 11.4.2007, n. 118, in *Fall.*, 2007, 519.

⁷⁶ ZANICHELLI, *op. cit.*, 547.

mi pare deponga inequivocabilmente l'art. 94, co. 1, t.u.b., a mente del quale i commissari liquidatori sovrintendono l'esecuzione del concordato bancario di liquidazione «secondo le direttive della Banca d'Italia».

Oltre a poter dare disposizioni in ordine alle modalità con cui deve essere esercitata l'attività sorveglianza⁷⁷, l'autorità di vigilanza è tenuta a disporre l'accantonamento delle somme spettanti ai creditori contestati, condizionali od irreperibili e a ordinare, dopo aver accertato la completa esecuzione del concordato, lo svincolo delle cauzioni e la cancellazione delle ipoteche iscritte a garanzia. Si tratta, infatti, di adempimenti che spettano, nella fase di esecuzione del concordato fallimentare, al giudice delegato (art. 136, co. 2 e 3, l.f.) e che, di conseguenza, competono per legge all'autorità amministrativa (art. 201, co. 2, l.f.).

L'attività di sorveglianza che il commissario liquidatore deve esercitare consiste nel monitorare e, se del caso, esortare il regolare adempimento da parte del proponente delle obbligazioni scaturenti dal concordato. Se il proponente è l'impresa, questo potere-dovere di controllo non consente di svolgere attività ispettive nei suoi locali o delle sue scritture contabili poiché con l'approvazione del concordato questa ha riacquisito la piena disponibilità del suo patrimonio e, di riflesso, l'ufficio liquidatore ha cessato «la surrogazione» della stessa in qualunque attività patrimoniale che esuli dall'art. 46 l.f.⁷⁸.

Nel vigore dell'originario art. 214 l.f., la dottrina (BONSIGNORI, *op. cit.*, 341; TEDESCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 614) affermava la sopravvivenza delle funzioni dell'autorità di vigilanza, sostenendo la prosecuzione della l.c.a. anche dopo l'approvazione del concordato. Il decreto "correttivo" ha fatto cadere questo argomento. È pacifico, infatti, che, per effetto del rinvio all'art. 130 l.f., la definitività del decreto di approvazione determini la conclusione della l.c.a. Una conferma indiretta di questo argomento può essere ricavata dall'art. 215, co. 3, l.f. nella parte in cui prevede che la l.c.a. «si riapre» a seguito della risoluzione o annullamento del concordato. L'esecuzione del concordato in esame, pertanto, si attua "a valle" della procedura, così come avviene per il concordato fallimentare.

⁷⁷ Questa attività, peraltro, può essere agevolata anche da eventuali accorgimenti che il tribunale può disporre in sede di approvazione del concordato: cfr. Trib. Firenze 21.2.2002, *Fall.*, 2002, 91.

⁷⁸ BONSIGNORI, *op. cit.*, 342.

D'altra parte, però, non è da escludere che la stessa proposta possa prevedere un intervento dell'organo liquidatore funzionale all'esecuzione del concordato. Del resto, nel caso in cui il proponente sia un terzo e la proposta preveda il trasferimento in suo favore dei beni dell'impresa, il commissario può avere un ruolo attivo nell'ipotesi – non così rara – in cui le parti demandino allo stesso il compimento di determinati atti traslativi.

Un'altra ipotesi nella quale si può assistere ad una maggiore operatività dell'organo commissariale potrebbe poi essere quella in cui la proposta preveda operazioni societarie complesse non definibili in sede di approvazione⁷⁹.

Nella fase di esecuzione del concordato il comitato di sorveglianza esercita un'attività consultiva paragonabile a quella demandatagli prima dell'approvazione del concordato. In tal caso, però, l'organo si attiva solo su richiesta del commissario liquidatore o dell'autorità di vigilanza⁸⁰.

7. La risoluzione e l'annullamento del concordato.

L'art. 215 l.f. disciplina l'esito patologico del concordato, prevedendo, quali specifici rimedi, la risoluzione e l'annullamento.

L'istituto della risoluzione del concordato della liquidazione presenta molte analogie con il suo corrispondente relativo al concordato fallimentare (e preventivo), ma anche interessanti peculiarità. Infatti, in luogo della mancata costituzione delle garanzie e del mancato “regolare” adempimento, la legge prevede, quale unica condizione di risolubilità del concordato, la sua mancata esecuzione. La scelta legislativa, che può pure spiegarsi con la consueta sinteticità che distingue molte delle norme dettate in relazione alla l.c.a.,

⁷⁹ ZANICHELLI, *op. cit.*, 548.

⁸⁰ BONSIGNORI, *op. cit.*, 342.

pare sia comunque significativa del fatto che l'inesatta o parziale esecuzione degli obblighi concordatari (e, quindi, ogni mancato pagamento nei termini ed ogni mancata costituzione delle eventuali garanzie promesse) legittimi la risoluzione del concordato quando sia di una tale importanza da rendere il piano non altrimenti eseguibile⁸¹.

Inoltre, alla legittimazione dei creditori a chiedere la risoluzione si aggiunge, nel concordato *de quo*, quella del commissario liquidatore. Questa previsione trova ragione nel fatto che questi, rispetto al curatore nel fallimento, è chiamato anche a tutelare l'interesse generale sotteso all'attuazione del concordato⁸².

Considerato il dovere di sorveglianza che incombe sul commissario, si ritiene⁸³ che, in caso di inadempimento da parte del proponente, vi sia un vero e proprio obbligo di presentare istanza di risoluzione del concordato e che l'omessa presentazione costituisca fonte di responsabilità. Resta dubbio, nel silenzio della legge, se il commissario, quale organo gerarchicamente subordinato all'autorità di vigilanza, debba essere da questa autorizzato o possa anche prescindere dal suo preventivo assenso⁸⁴.

Il decreto "correttivo" ha opportunamente rimediato all'originaria sinteticità dell'art. 215 l.f. che, in ordine alle modalità di svolgimento del procedimento, si limitava a prevedere che la decisione fosse assunta in camera di consiglio e non fosse soggetta a gravame. L'attuale testo della norma, infatti, fa espresso richiamo alle disposizioni contenute nell'art. 137 l.f e, dunque, in via indiretta, al procedimento per la dichiarazione di fallimento disciplinato dall'art. 15 l.f. Ne consegue che, a seguito della presentazione dell'istanza di risoluzione, che assume la forma del ricorso, il Presidente del tribunale designa il giudice relatore⁸⁵, fissa l'udienza, assegna alle parti un termine non inferiore a

⁸¹ In ogni caso, l'inadempimento rileva come fatto in sé e per sé considerato, nel senso che è indifferente che lo stesso sia dovuto al dolo o alla colpa del proponente oppure al caso fortuito.

⁸² NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 487.

⁸³ DI IULIO, *op. cit.*, 763.

⁸⁴ BAVETTA, *op. cit.*, 270.

⁸⁵ In caso di delega, il giudice provvede all'audizione delle parti ed all'assunzione dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio.

sette giorni prima dell'udienza per la costituzione in giudizio ed il deposito di documenti e relazioni tecniche, e convoca il ricorrente, il commissario (se non ricorrente), il proponente e l'impresa in l.c.a. (se non proponente). Tra la data della notificazione alle parti convocate, che deve curare il ricorrente, e quella dell'udienza deve decorrere un termine non inferiore a quindici giorni. Il collegio decide in camera di consiglio e se ritiene che nelle more del giudizio sia data prova dell'adempimento emette un decreto di rigetto. Nel silenzio della legge, si ritiene⁸⁶ che, in coerenza con l'applicazione dell'art. 18 l.f. in caso di accoglimento dell'istanza di risoluzione, il decreto di rigetto sia impugnabile a norma dell'art. 22 l.f. e, quindi, con reclamo avanti alla Corte d'appello da proporsi entro quindici giorni dalla comunicazione del decreto. L'eventuale conferma del decreto di rigetto non è soggetta a ricorso per Cassazione, dal momento che non incide in via definitiva sul diritto del reclamante, che può sempre riproporre l'istanza di risoluzione ovvero agire in via ordinaria nei confronti del proponente e degli eventuali garanti.

La decisione che accoglie il ricorso in risoluzione, che assume la forma della sentenza, è reclamabile ai sensi dell'art. 18 l.f. dinanzi alla Corte d'appello e, quindi, ricorribile per Cassazione.

Per quanto apprezzabile, la riforma dell'art. 215 l.f., non è stata attuata in modo adeguato e completo. Difatti, il legislatore, che pure voleva apportare «modifiche consequenziali a quelle previste in sede di risoluzione e annullamento del concordato fallimentare»⁸⁷, ha limitato il richiamo applicativo dell'art. 137 l.f. alle sole «disposizioni dei commi dal secondo al sesto».

Pertanto, se questo richiamo dovesse prendersi alla lettera, si dovrebbe concludere che al concordato della l.c.a. non sarebbero applicabili le disposizioni del settimo comma, che,

⁸⁶ ZANICHELLI, *op. cit.*, 549. Per la diversa tesi, che applica l'art. 739, co. 2, c.p.c., con la conseguente proponibilità del reclamo nel termine di dieci giorni dalla notificazione del decreto, eseguita su istanza di parte, v. Cass. 7.3.2003, n. 3499, in *Fall.*, 2003, 1292 e, in dottrina, MINUTOLI, *Sub art. 137*, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, 1079.

⁸⁷ Così si esprime la *Relazione illustrativa* al d.l. n.169/2007.

a sua volta, prevede l'inapplicabilità della risoluzione quando gli obblighi derivanti dal concordato siano stati assunti dal proponente o da uno o più creditori, con liberazione immediata del debitore, e la mancanza di legittimazione dei creditori dell'impresa in l.c.a. verso cui il terzo non abbia assunto responsabilità per effetto del concordato. In tal caso, però, verrebbe a crearsi una disparità di disciplina tra il concordato fallimentare e quello in esame del tutto irragionevole ed in contrasto con la chiara volontà legislativa di avvicinare i due istituti. Si deve ritenere, allora, che il legislatore abbia richiamato la disciplina dell'art. 137 l.f., nella sua versione *ante* riforma (comprendente, appunto, sei commi) e non nella nuova formulazione risultante dallo stesso decreto “correttivo”, e che, di conseguenza, il rinvio sia esteso a tutti i commi ad esclusione del primo, che contiene le maggiori differenze tra i due concordati⁸⁸. Ne consegue, allora, che anche per il concordato in discorso la risoluzione non possa essere domandata quando gli oneri concordatari siano stati assunti da un terzo con liberazione immediata dell'impresa e che comunque non siano legittimati a richiederla i creditori rispetto ai quali il terzo non si sia impegnato.

Per quanto attiene, invece, all'annullamento, l'art. 215 l.f. rinvia interamente all'art. 138 l.f., che disciplina l'annullamento del concordato fallimentare. In tal caso, il presupposto ha sempre natura dolosa ed è costituito dall'esagerazione del passivo o dalla sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante dell'attivo. L'apprezzamento dei motivi di annullamento è rimesso al tribunale, che deve valutare la rilevanza che la condotta del proponente può aver avuto sulla positiva valutazione di convenienza del concordato rispetto alla prosecuzione della liquidazione.

⁸⁸ ZANICHELLI, *op. cit.*, 550.

L'interpretazione è senz'altro corretta. Lo conferma l'art. 315 C.C.I.I. che, nel disciplinare la risoluzione del concordato della liquidazione, richiama, ad esclusione del primo, tutti i commi dell'art. 250, che disciplina, a sua volta, la risoluzione del concordato nella liquidazione giudiziale.

L'istanza di annullamento può essere proposta dal commissario liquidatore e dai creditori nel breve termine di decadenza di sei mesi dalla scoperta del dolo e, comunque, non oltre due anni dalla scadenza del termine per l'ultimo adempimento previsto nel concordato⁸⁹. Poiché l'art. 138 l.f. rinvia, a sua volta, all'art. 137 l.f., il procedimento applicabile è quello disciplinato dall'art 15 l.f.

8. La riapertura della l.c.a.

L'art. 215, ult. co., l.f., preservato anch'esso nella sua versione originale, dispone che «risolto o annullato il concordato, si riapre la liquidazione coatta amministrativa e l'autorità che vigila sulla liquidazione adotta i provvedimenti che ritiene necessari».

Si tratta di una norma di carattere eccezionale, dal momento che il legislatore, compatibilmente con il tipico esito estintivo della l.c.a., non prevede nessun'altra ipotesi di riapertura della procedura.

Poiché la prima parte della disposizione riproduce nella sostanza l'analoga disposizione dettata in tema di concordato fallimentare (art. 137, co. 4, l.f.), deve ritenersi che la riaperta l.c.a. non sia una nuova procedura, ma la semplice prosecuzione di quella precedentemente chiusa⁹⁰. Ad ogni modo, la riapertura della l.c.a. non si produce automaticamente per effetto della sentenza che annulla o risolve il concordato. Ragioni di coerenza sistematica – oltre che testuali⁹¹ –, infatti, inducono a ritenere che, per averla a suo tempo chiusa, sia l'autorità di vigilanza competente a disporre, con decreto, la

⁸⁹ Termine, quest'ultimo, di natura prescrittiva.

⁹⁰ Del resto, in relazione al fallimento, è questa l'opinione dominante: v., *ex multis*, PROVINCIALI, *op. cit.*, 1963 ss.

⁹¹ Si noti, infatti, che, diversamente dall'art. 137, co. 4, l.f., l'art. 215, ult. co., l.f. non fa menzione della «sentenza che annulla o risolve il concordato».

riapertura della procedura⁹². Pertanto, non diversamente da quanto avviene per la pronuncia dichiarativa dello stato di insolvenza di cui all'art. 195 l.f., l'autorità giudiziaria deve comunicare, nelle forme di rito⁹³, la sentenza di risoluzione od annullamento all'autorità amministrativa affinché questa provveda. L'emanazione del decreto di riapertura è, a tal punto, un atto dovuto, come, peraltro, suggerisce l'imperatività insita nell'uso dell'indicativo presente («si riapre»)⁹⁴.

Per quanto attiene alla seconda parte della disposizione in esame, nonostante la sostanziale indeterminatezza del testo di legge («l'autorità che vigila sulla liquidazione adotta i provvedimenti che ritiene necessari»), si ritiene necessario un provvedimento che richiami in ufficio il commissario liquidatore ed il comitato di sorveglianza, analogamente a quanto avviene nell'ipotesi di riapertura del fallimento in virtù del combinato disposto degli artt. 139 e 121, co. 2, n.1, l.f.⁹⁵.

Il decreto “correttivo” non ha colmato l'originario silenzio della norma relativo agli effetti sostanziali della riapertura della procedura. Ciononostante, la dottrina⁹⁶ concorda sulla possibilità di applicare per analogia l'art. 140 l.f., che, a sua volta, richiama gli artt. 122 e 123 l.f.⁹⁷. A sostegno di questa tesi, peraltro, può richiamarsi quella giurisprudenza di

⁹² CASTIELLO D'ANTONIO, *op. cit.*, 790. Conf. DE FERRA, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 396. *Contra* BONSIGNORI, *Processi concorsuali minori*, cit., 649

⁹³ La comunicazione deve perciò effettuarsi, a norma dell'art. 136 c.p.c., nel termine di tre giorni dalla sua pubblicazione (arg. ex art. 195, co. 4, l.f.).

⁹⁴ BAVETTA, *op. cit.*, 284.

⁹⁵ CASTIELLO D'ANTONIO, *op. cit.*, 790. Conf. TEDESCHI, *op. cit.*, 616; DEL VECCHIO, *op. cit.*, 327.

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ L'art. 122 l.f. disciplina il concorso tra vecchi e nuovi creditori: nello specifico, è previsto che i creditori concorrano alle nuove ripartizioni per le somme loro dovute al momento della riapertura, al netto di quanto hanno percepito nelle precedenti ripartizioni, fatte salve in ogni caso le cause legittime di prelazione.

L'art. 123 l.f. disciplina, invece, gli effetti della riapertura sugli atti pregiudizievoli per i creditori: la norma prevede che possano essere proseguite le azioni revocatorie interrotte per effetto del concordato e che ne possano essere proposte di nuove. In tal caso, i termini sono computati dal giorno della pubblicazione della sentenza di riapertura. È previsto, inoltre, che siano comunque privi di effetto gli atti a titolo gratuito e gli atti tra coniugi compiuti posteriormente alla chiusura e anteriormente all'apertura della procedura.

legittimità⁹⁸ che, nel vigore della disciplina previgente, ha statuito che l'art. 140 l.f. costituisce espressione di un principio generale.

Per effetto del decreto di riapertura, pertanto, l'impresa subisce nuovamente gli effetti dello spossessamento mentre l'eventuale assuntore è tenuto alla restituzione dei beni di cui si è reso cessionario. I creditori anteriori all'approvazione del concordato conservano le garanzie per le somme ad essi dovute in base al concordato risolto o annullato e non sono tenuti a restituire quanto già riscosso. Nell'ambito della riapertura l.c.a., dev'essere loro riconosciuto un importo pari al valore del credito originario dedotta la parte eventualmente riscossa in parziale esecuzione del concordato. Nel termine fissato dall'autorità vigilante, i nuovi creditori devono chiedere l'ammissione al passivo dei crediti sorti tra l'approvazione del concordato e la risoluzione o l'annullamento dello stesso.

Il commissario liquidatore può riproporre le azioni revocatorie che non hanno formato oggetto di cessione nell'ambito del concordato «interrotte» per effetto del decreto di chiusura della procedura.

Appare controversa, invece, la questione – priva, sino ad ora, di riscontri pratici – relativa alla possibilità di presentare una nuova proposta di concordato in seguito alla riapertura della procedura.

Parte della dottrina⁹⁹, infatti, legge nel mancato richiamo all'art. 141 l.f.¹⁰⁰ l'ineludibile fine estintivo della procedura riaperta a seguito di risoluzione od annullamento del concordato. Pare più corretto, tuttavia, ricorrere, anche in tal caso, all'argomento dell'applicazione analogica: si può ritenere, allora, che il proponente possa essere

⁹⁸ Cass., 27.2.2003, n. 2961, in *Fall.*, 2004, 31.

⁹⁹ CASTIELLO D'ANTONIO, *op. cit.*, 791.

¹⁰⁰ «Reso esecutivo il nuovo stato passivo, il proponente è ammesso a presentare una nuova proposta di concordato. Questo non può tuttavia essere omologato se prima dell'udienza a ciò destinata non sono depositate, nei modi stabiliti del giudice delegato, le somme occorrenti per il suo integrale adempimento o non sono prestate garanzie equivalenti».

autorizzato a presentare una nuova proposta, soltanto se provvede al deposito integrale delle somme occorrenti per il suo adempimento¹⁰¹.

¹⁰¹ DEL VECCHIO, *op. cit.*, 329.

CAPITOLO QUARTO

IL CONCORDATO BANCARIO DI LIQUIDAZIONE

1. La l.c.a. bancaria nel Quadro Europeo di Risanamento e Risoluzione degli enti creditizi. – 2. La conclusione della l.c.a. bancaria. – 2.1. La conclusione per concordato della l.c.a. bancaria. – 3. I (trascorsi?) motivi di insuccesso del concordato bancario. – 4. La presentazione della proposta: legittimati attivi e tempo di proposizione. – 5. Il contenuto (minimo) della proposta. – 5.1 Il concordato con assunzione (art. 93, co. 3, t.u.b.). – 6. I pareri degli organi liquidatori e l'autorizzazione della Banca d'Italia. – 7. Il giudizio di approvazione: il deposito della proposta e le eventuali opposizioni. – 8. Efficacia ed effetti del concordato: *rinvio*. – 9. L'esecuzione. – 10. La cessazione della procedura: trasformazione dell'impresa o sua definitiva liquidazione. – 11. La risoluzione e l'annullamento del concordato.

1. La l.c.a. bancaria nel Quadro Europeo di Risanamento e Risoluzione degli enti creditizi.

Sino alle recenti modifiche introdotte dai dd.lgss. 16 novembre 2015, nn. 180 e 181, attuativi della Direttiva 2015/59 UE¹, la crisi dell'impresa bancaria poteva essere risolta con i soli strumenti previsti e regolati dal d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385², ossia i

¹ *Bank Recovery and Resolution Directive*, di seguito “BRRD”.

² Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di seguito “t.u.b”.

«provvedimenti straordinari»³, l'amministrazione straordinaria (artt. 70 ss. t.u.b.) e la liquidazione coatta amministrativa (art. 80 ss. t.u.b.)

In particolare, il concorso tra le due procedure amministrative veniva regolato secondo il livello di “pericolosità” dei relativi comuni presupposti: per l'amministrazione straordinaria, infatti, le «irregolarità nell'amministrazione», le «violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie» e le «perdite patrimoniali» dovevano essere «gravi», mentre per la l.c.a. le stesse dovevano essere «di eccezionale gravità». Di conseguenza, quando le anomalie rilevate nella gestione amministrativa o finanziaria dell'impresa bancaria erano tali da escluderne il risanamento, si imponeva, quale unica soluzione, la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e la conseguente espulsione dell'impresa dal mercato del credito⁴.

Il recepimento della Direttiva Europea “*BRRD*” ha, tuttavia, profondamente innovato il quadro di riferimento per la gestione della crisi bancaria, che oggi si caratterizza per la presenza di nuovi strumenti volti ad anticipare e a fronteggiare tempestivamente l'emersione della crisi. Strumenti che, a seconda della specifica funzione svolta, possono essere distinti in:

a) misure di prevenzione della crisi, comprendenti i nuovi istituti del «piano di risanamento» (art. 69-ter t.u.b.) e del «piano di risoluzione» (art. 7 d.lgs. 180/2015);

b) misure di intervento precoce, comprendenti i «provvedimenti straordinari» (art. 78 t.u.b.) ed i nuovi istituti rappresentati dai «poteri di intervento» sugli esponenti aziendali (art. 53 bis t.u.b.) e dal c.d. «removal» (art. 69 *octiesdecies* t.u.b.);

³ Si tratta, come è noto, del divieto di intraprendere nuove operazioni e dell'ordine di chiusura di succursali disciplinati dall'art. 78 t.u.b.

⁴ Finalità, quest'ultima, che presuppone la definizione dei rapporti giuridici pendenti in capo all'ente, ma che – come vedremo – non comporta necessariamente la sua estinzione.

c) *misure di superamento o composizione della crisi*, comprendenti gli istituti, già noti, dell'amministrazione straordinaria e della liquidazione coatta amministrativa, nonché le nuove misure di «riduzione e conversione delle azioni» (art. 20 d.lgs. 180/2015) e di «risoluzione» dell'impresa bancaria (art. 39 ss. d.lgs. 180/2015).

L'introduzione delle misure di risoluzione⁵ rappresenta, per quanto qui rileva, l'innovazione più importante, considerati i riflessi che la stessa ha prodotto sulle condizioni di applicabilità della tradizionale procedura di l.c.a.

Nell'attuale quadro normativo, infatti, è dato riscontrare come i due istituti abbiano comuni presupposti e siano collocati in un rapporto di alternatività. Nello specifico, perché possa avviarsi il processo decisionale che può portare l'autorità competente (*i.e.* la Banca d'Italia, in veste di "Autorità di risoluzione") a disporre la risoluzione o la l.c.a. è necessario che la banca versi in «stato di dissesto o rischio di dissesto»⁶ (art. 17, co. 1, lett. a) e co. 2, d.lgs. 180/2015) e che, al contempo, non si possano «ragionevolmente prospettare misure alternative che permettano di superare la situazione [di dissesto o rischio di dissesto] in tempi adeguati»⁷ (art. 17, co. 1, lett. b), d.lgs. 180/2015. In tal caso,

⁵ Sono diversi gli strumenti che possono utilizzarsi nell'ambito di tale procedura, alcuni dei quali – come la cessione degli attivi e dei passivi ad un soggetto terzo – già noti al nostro ordinamento, altri, invece, nuovi, come ad esempio il *bail-in*, che si sostanzia nella "forzosa" riduzione e/o conversione in capitale di rischio dei diritti degli azionisti e dei creditori.

⁶ A tal riguardo, va detto che la nozione di «dissesto» incorpora, con ulteriori specificazioni, i presupposti oggettivi già presenti nella vecchia formulazione dell'art. 80, co.1, t.u.b. In particolare, oltre alle tradizionali fattispecie esprimenti uno stato di grave insufficienza patrimoniale e gravi crisi gestionali, l'art. 17, co. 2, d.lgs. 180/2015 menziona «l'incapacità della banca a pagare i propri debiti alla scadenza» – condizione che pare evocare lo stato d'insolvenza di cui all'art. 5 l.f. – e «la previsione di un sostegno pubblico finanziario straordinario».

Tali circostanze, inoltre, possono costituire presupposto della risoluzione o della l.c.a. anche quando l'autorità di vigilanza ne prevede la realizzazione in «un prossimo futuro» (art. 17, co. 2, lett. e), d.lgs. 180/2015).

⁷ Tali «misure alternative» possono essere sia misure di mercato, quali, ad. es., un aumento di capitale o la vendita di *assets* strategici, sia interventi di sostegno pubblico, sia infine azioni di vigilanza, come, per. es., l'amministrazione straordinaria.

L'autorità vigilante può sottoporre l'ente a risoluzione se – e solo se – ritiene sussistente un «pubblico interesse» a che lo stesso venga sottratto agli effetti dissolutivi della l.c.a.⁸.

Di conseguenza, l'art. 80, co. 1, t.u.b., come novellato dal d.lgs. 181/2015, non prevede più quali presupposti oggettivi per l'apertura della l.c.a. l'«eccezionale gravità» delle irregolarità e violazioni e delle perdite patrimoniali, ma la congiunta sussistenza dei presupposti positivi sopra indicati e del presupposto *negativo* dell'insussistenza dell'interesse pubblico a disporre la risoluzione dell'impresa bancaria.

Rispetto al sistema previgente, pertanto, la scelta della misura da adottare per la soluzione della crisi dell'impresa bancaria non dipende più dalla maggiore o minore gravità della stessa, bensì dall'accertata sussistenza di un interesse pubblico alla sua conservazione. Condizione che, a norma dell'art. 20, co. 2., d.lgs. 180/2015, ricorre quando, per un verso, gli strumenti – meno invasivi – della risoluzione siano necessari ed adeguati al raggiungimento degli specifici obiettivi indicati nell'art. 21 d.lgs. 180/2015 (la tutela della stabilità finanziaria, il contenimento degli oneri della finanza pubblica, la continuità delle funzioni essenziali svolte dall'impresa bancaria, la tutela dei diritti dei depositanti, perlomeno nei limiti del valore pari ad euro 100.000) e, per l'altro verso, la liquidazione coatta della banca non consenta di realizzare tali obiettivi nella stessa misura.

Valutare se e quando sussiste l'interesse pubblico a che la banca venga “risolta” anziché liquidata è un compito difficile, che implica, come è intuibile, un elevato grado di discrezionalità tecnica. Pur nell'assenza di parametri obiettivi che possano guidare le valutazioni dell'autorità di vigilanza, non sembra, comunque, potersi negare l'esistenza di una connessione tra dimensione della banca ed interesse pubblico alla sua *non*

⁸ Sul punto, STANGHELLINI, *Risoluzione, bail-in, e liquidazione coatta: il processo decisionale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, II, 2016, 567 ss.

liquidazione. Di qui, la convinzione diffusa che le grandi banche, in caso di crisi, siano sempre destinate ad essere sottoposte a misure di risoluzione⁹.

D'altra parte, però, non può negarsi la permanente attualità ed operatività della l.c.a. nella gestione di crisi che coinvolgono banche di medio-piccole dimensioni. Dove, infatti, il rischio di effetti sistemici è meno elevato, la tradizionale procedura amministrativa si pone, per espressa volontà legislativa, quale termine di confronto rispetto ai nuovi strumenti di risoluzione. A tale raffronto procede, per l'appunto, l'autorità vigilante, allo specifico fine di stabilire la misura massima delle perdite che tali strumenti possono imporre ai creditori e ai soci dell'impresa, non potendo gli stessi subire un trattamento economico peggiore di quello che potrebbero ricevere in caso di liquidazione dell'ente¹⁰. Di qui, la necessità che, in presenza di situazioni di «dissesto» (o «rischio di dissesto»), l'autorità vigilante valuti con attenzione l'ipotesi della liquidazione prima di decidere l'attivazione di misure di risoluzione¹¹.

⁹A tal proposito, nel novembre 2016, l'allora presidente del Consiglio di Vigilanza della BCE, Danielle Nouy, si espresse nel senso che l'unica strada percorribile, in caso di crisi di una banca soggetta alla vigilanza della BCE, sia la sua risoluzione (www.corriere.it/notizie-ultima-ora/Economia/Banche-Nouy-liquidazione-banca-sistemica-non-opzione/21-11-2016/.shtml).

¹⁰ È questa la regola del cd. “*no creditors worse off than in liquidation* – “*NCWO*” (art. 34, lett. g, “*BRRD*”), diffusamente affermata nel d.lgs. 180/2015 (v. artt. 52, co. 2, lett. b) e 87, co. 2), secondo la quale il creditore dell'ente sottoposto a risoluzione non deve essere posto in una condizione economica peggiore di quella in cui si sarebbe trovato qualora la banca fosse stata sottoposta ad una procedura concorsuale di tipo liquidatorio.

¹¹ BOCCUZZI, *La liquidazione coatta amministrativa*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2016, V, 1015.

2. La conclusione della l.c.a. bancaria.

Nella disciplina della l.c.a. bancaria¹² – come in quella della l.c.a. “comune”¹³ – non sono indicate ipotesi specifiche di chiusura della procedura né, tantomeno, è previsto un formale provvedimento di chiusura. Le uniche due norme che ne sottintendono la conclusione sono quelle relative agli adempimenti finali, culminanti nell’ultimo riparto (art. 92 t.u.b.), e al concordato di liquidazione (artt. 93 e 94 t.u.b.).

Tra le righe dell’art. 92 è comunque possibile rinvenire la previsione che, pur implicitamente, segna il momento in cui la procedura aperta a carico della banca può considerarsi formalmente chiusa. Al sesto comma, infatti, la norma prescrive che il commissario liquidatore, dopo avere depositato – secondo le modalità stabilite dalla Banca d’Italia ai sensi dell’art. 92, co. 5, t.u.b. – le somme e gli strumenti che non possono essere distribuiti o restituiti¹⁴ e, comunque, in seguito all’approvazione del bilancio finale di liquidazione¹⁵, provveda a depositare i libri sociali presso l’ufficio del registro delle imprese e, quindi, a richiedere la cancellazione della società. E così, dal momento che la

¹² Il legislatore bancario detta per la l.c.a. una disciplina analitica che prevale, *ex art.* 194, co. 1., l.f. su quella generale contenuta nella legge fallimentare: ciò vale anche in relazione a quelle disposizioni (trattasi degli artt. 195, 200, 201, 202, 203, 209, 211 e 213 l.f.) che il secondo comma della norma richiamata considera inderogabili (NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 414). Del resto, secondo il criterio di successione delle leggi nel tempo, l’inderogabilità di queste disposizioni, può essere affermata soltanto nei confronti delle leggi anteriori alla legge fallimentare, e non anche per quelle successive.

Un problema di raccordo tra legge fallimentare e Testo unico si è perciò presentato in seguito alla riforma organica del 2006, se non altro perché la novella risulta(va) circoscritta alle sole procedure disciplinate dalla legge fallimentare (cfr. art. 1, co. 5, l.14 maggio 2005, n. 80). Ciononostante, non va trascurato come una parte rilevante della disciplina di cui al Testo unico sia costituita da disposizioni di rinvio alla legge fallimentare (cfr. art. 80, ult. co., t.u.b.): di conseguenza, molte delle disposizioni modificate dagli interventi di riforma che si sono succeduti dal 2005, devono essere applicate, nella versione riformata, anche alla l.c.a. degli istituti di credito.

¹³ *Supra*, I, 2.

¹⁴ Perché, p.es., riferiti a crediti ancora *sub iudice*, ammessi sotto condizione sospensiva oppure relativi a titolari irreperibili o non identificabili.

¹⁵ Bilancio che, a tal fine, deve depositarsi, previa autorizzazione della Banca d’Italia, nella cancelleria del tribunale competente.

cancellazione determina sempre il venir meno della società (art. 2495, co. 2, c.c.), la stessa non può che segnare la chiusura formale della procedura¹⁶.

Gli adempimenti finali della l.c.a. possono, peraltro, essere compiuti anche in pendenza di contenzioso che veda la stessa come parte in causa. L'art. 92, co. 7, t.u.b., infatti, dispone che i giudizi ancora pendenti a distribuzione ultimata, di qualunque natura¹⁷, stato e grado, ivi compreso quello di accertamento dello stato di insolvenza, non ostacolano la chiusura della procedura. La stessa norma ha poi cura di precisare come il commissario liquidatore sia comunque tenuto ad effettuare accantonamenti o ad acquisire idonee garanzie sostitutive a tutela delle ragioni delle controparti giudiziali della procedura, così realizzando un equo temperamento tra l'interesse generale ad una più celere e meno onerosa conclusione della procedura e l'esigenza di effettiva tutela dei diritti dei terzi nella fase post-liquidatoria¹⁸.

In seguito alla chiusura della l.c.a., i giudizi tra la stessa e le sue controparti sono destinati a proseguire ed a tal fine è prevista, quale deroga alla generale regola di cessazione delle funzioni degli organi della procedura, la *perpetuatio legitimationis* del commissario liquidatore sino alla loro definizione (art. 92, co. 8, t.u.b.).

L'ultimo comma della norma in discorso considera invece l'ipotesi in cui il rapporto in contenzioso sia stato oggetto di una cessione cd. "aggregata" a norma dell'art. 90, co. 2,

¹⁶ ARMELI, *op. cit.*, 318. Conf. DESIDERIO, *La liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito*, Milano, 1981, 398.

¹⁷ L'ampia formulazione della norma, che parla di «giudizi e ricorsi», consente di comprendervi tutti i giudizi civili, penali, fallimentari – ivi compreso il giudizio di impugnazione dello stato passivo – ed amministrativi. In proposito, si ritiene (BONFATTI, *Sub art. 92*, in *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Belli, Bologna, 2003, 1587) che non ostacoli la conclusione della l.c.a. bancaria la pendenza del ricorso contro il decreto di disposizione della liquidazione stessa.

¹⁸ TUSINI COTTAFI, *La liquidazione coatta amministrativa*, in *La crisi dell'impresa bancaria. Profili economici e giuridici*, cit., 323.

Del resto, anche prima della novella fallimentare del 2006, che ha riconosciuto tale possibilità nella riforma dell'art. 117, co. 2, l.f., dottrina e giurisprudenza erano concordi nell'ammettere la chiusura del fallimento in pendenza di contenziosi. In tal modo, infatti, si evita(va) di far dipendere le sorti ed i tempi della procedura dalla condotta, spesso ostruzionistica, dei creditori: cfr. PAJARDI, *op. cit.*, 1986. Conf. PROVINCIALI, *op. cit.*, 1759; FERRARA, *op. cit.*, 553.

t.u.b¹⁹. In tal caso, in seguito al subentro in causa del cessionario²⁰, la procedura può svincolarsi dal relativo giudizio sulla base di un'istanza di estromissione formulata dal commissario liquidatore e diretta all'autorità competente a dirimere la controversia, senza che sia richiesto, in deroga all'art. 111 co. 3, c.p.c., l'assenso della controparte processuale²¹.

2.1. La conclusione per concordato della l.c.a. bancaria.

Il richiamo incondizionato alle norme dettate in tema di cancellazione delle società di capitali conferma inequivocabilmente come la conclusione della procedura coincida, di fatto, con l'estinzione irreversibile dell'ente bancario²². In particolare, proprio tale irreversibilità esclude categoricamente una riapertura della liquidazione, anche in caso di sopravvenienze attive o passive²³.

Tuttavia, anche nella l.c.a. bancaria, quella tra chiusura della procedura ed estinzione dell'ente è una coincidenza solo *tendenziale*, dal momento che la legge ammette, in via

¹⁹ «I commissari, con il parere favorevole del comitato di sorveglianza e previa autorizzazione della Banca d'Italia, possono cedere attività e passività, l'azienda, rami d'azienda nonché beni e rapporti giuridici individuabili in blocco».

²⁰ Qualora il cessionario, per inerzia o resistenza, non intervenga, si ammette che il commissario liquidatore possa ottenerne giudizialmente il subentro: cfr. TUSINI COTTAFI, *op. cit.*, 331.

²¹ Ne consegue, allora, che l'estromissione dal giudizio del commissario che ne fa richiesta sia, per il giudice, un «atto dovuto»: cfr. TUSINI COTTAFI, *ivi*. Conf. App. Salerno, 12.2.2001, in *Giur. it.*, 2002, 1233.

²² La necessaria consequenzialità tra approvazione del bilancio finale e (richiesta di) cancellazione della società si deduce dalla stessa lettera dell'art. 92, co. 6, t.u.b., che non riproduce l'inciso «se del caso» contenuto, invece, nell'art. 213 l.f.

²³ DESIDERIO, *La liquidazione*, cit., 397.

L'eventualità di sopravvenienze può, al più, formare oggetto di un'apposita clausola contrattuale nel caso di (pregressa) cessione di attività e passività della banca in l.c.a. ad altro ente creditizio, tenendo comunque a mente che l'art. 90, co. 2, t.u.b., limita – salva la facoltà di una deroga pattizia – la responsabilità del cessionario alle sole passività risultanti dallo stato passivo: cfr. CERCONE, *Sub art. 92*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, Padova, 2017, 1242.

del tutto eccezionale, che la stessa possa concludersi con la giuridica sopravvivenza del soggetto passivo. In particolare, l'unica modalità conclusiva della procedura che può condurre a tale risultato è costituita dallo speciale procedimento concordatario disciplinato agli artt. 93 e 94 t.u.b., qui di seguito esaminato.

3. I (trascorsi?) motivi di insuccesso del concordato bancario.

L'introduzione del concordato nella l.c.a. dell'impresa bancaria risale al r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375²⁴. Il legislatore del '36, infatti, fu il primo a considerare l'opportunità di disciplinare un concordato coattivo che, anziché prevenire la messa in l.c.a. dell'ente bancario²⁵, si collocasse in un momento successivo ad essa e ne prefigurasse una possibile modalità conclusiva, alternativa al riparto finale.

Tuttavia, la disciplina contenuta negli artt. 83-86 l.banc. abr.²⁶ si rivelò lacunosa ed insoddisfacente e l'istituto, che la dottrina del tempo non esitava ad ascrivere tra quelli «più negletti» della legge bancaria, cadde fatalmente in disuso²⁷. Nello specifico, tra i più gravi vuoti normativi, si denunciavano l'assenza di cenni alla possibilità di ricorrere per

²⁴ Di seguito, legge bancaria.

²⁵ La mente corre ai concordati coattivi di Bancasconto e Banca Italiana di Crediti e Valori: *supra*, I, 3.

²⁶ Nei suoi tratti essenziali, la disciplina può essere così riassunta.

A norma dell'art. 83 l.banc. abr., il commissario liquidatore – con il parere del comitato di sorveglianza e con l'autorizzazione dell'allora Ispettorato della Banca d'Italia – poteva, in ogni tempo, proporre al tribunale un concordato.

Su di esso, il tribunale decideva tenendo conto delle eventuali opposizioni dei creditori e degli interessati nonché del parere reso dall'Ispettorato della Banca d'Italia «nell'interesse del ceto creditorio e nell'interesse generale della tutela del credito» (art. 84 l.banc. abr.).

Una volta approvato il concordato, lo stesso commissario doveva curarne l'esecuzione «secondo le direttive dell'Ispettorato e sotto la vigilanza del comitato di sorveglianza» (art. 86 l.banc. abr.).

L'art. 85 l.banc. abr. consentiva l'esecuzione, in corso di procedura, di riparti parziali tra i creditori.

²⁷ Nel vigore della legge bancaria del 1938, infatti, l'istituto ha avuto due sole applicazioni di cui da conto GALANTI, *La crisi degli enti creditizi nella giurisprudenza: la liquidazione coatta amministrativa*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, Roma, 1991, 102.

cassazione contro la sentenza di appello resa sulle opposizioni, nonché la mancata regolamentazione delle ipotesi di risoluzione e di annullamento del concordato²⁸.

Questa lacunosità fu avvertita anche dal legislatore del 1942, che, nel proporre l'istituto nella disciplina generale della l.c.a., ha preso le distanze dal modello adottato dalla legge bancaria, disattendendo, in via del tutto eccezionale, il legame "archetipico" che correva tra normativa bancaria e disciplina fallimentare²⁹. Tant'è che in seguito all'emanazione della legge fallimentare, la disciplina generale del concordato della l.c.a. (artt. 214 e 215 l.f.) si presentava, rispetto a quella settoriale, molto più accurata sul piano della linearità del rito (era previsto il ricorso in cassazione contro la sentenza che si pronuncia sul concordato) e della completezza previsionale (erano disciplinati risoluzione e annullamento del concordato)³⁰.

In verità, la carenza del quadro normativo di cui agli artt. 83 ss. l.banc. abr. portò lo stesso legislatore bancario a diffidare a tal punto dell'effettiva praticabilità del rimedio che, a soli due anni dall'emanazione della legge bancaria, introdusse l'istituto della cessione (anche totale) delle attività e passività e ne consentì l'impiego in via di definizione della procedura liquidatoria. Ed è sufficiente dare uno sguardo agli Atti preparatori dell'epoca per convincersi di come l'intento legislativo fosse proprio quello di fornire agli operatori del diritto una valida alternativa al concordato:

«L'esperienza ha mostrato che, in molti casi, invece di ricorrere a proposte di concordato con l'intervento di altra persona o ente autorizzato all'esercizio del credito, come prevede l'art. 83, co. 2, della legge, è più facile, pratico ed utile che tale intervento avvenga sotto forma di

²⁸ DESIDERIO, *Sub. art. 83*, in *Codice commentato della Banca: disciplina generale*, Milano, 1990, II, 1023 ss.

²⁹ Noto essendo che la legge bancaria fu il modello di riferimento della disciplina ospitata nella successiva legge fallimentare: sul punto, NIGRO-VATTERMOLI, *op. cit.*, 459.

³⁰ DESIDERIO, *Il concordato di liquidazione*, in *La gestione delle crisi bancarie*, in *La nuova disciplina dell'impresa* bancaria, a cura di Morera-Nuzzo, Milano, 1996, 73.

rilievo dell'attività, che agevola egualmente la liquidazione e consente di distribuire ai creditori il prezzo del rilievo (...)»³¹.

Come prevedibile, l'intervento normativo fu accolto con favore e sin da subito la cessione a terzi (di regola, un altro ente creditizio) delle attività e passività della banca in liquidazione – oggi regolata all'art. 90, co. 2, t.u.b. – si è imposta nella prassi delle liquidazioni coatte bancarie, relegando il concordato ad un ruolo assolutamente marginale. Del resto, la preferenza che da sempre la prassi accorda al negozio di cessione dell'impresa bancaria sembra ampiamente giustificata da ragioni di carattere «economico-fattuale»³². Rispetto al concordato, infatti, la cessione – se realizzata a ridosso dell'avvio della procedura – consente di evitare la chiusura degli sportelli bancari e, con essa, la dispersione dei valori aziendali (sia patrimoniali che di avviamento) che porterebbe con sé l'altrimenti inevitabile paralisi dell'attività della banca.

Inoltre, diversamente dalla soluzione concordataria, che, di regola, presuppone dilazioni e/o decurtazioni nel pagamento dei debiti, il ricorso alla cessione – sempreché la stessa sia totale, e non parziale – può consentire l'integrale ed immediato pagamento dei crediti concorsuali.

Di fronte a tali evidenze, viene allora da chiedersi quale spazio applicativo possa (ancora) avere il concordato nella gestione della crisi bancaria. Non è in dubbio, infatti, che fino a che le cessioni sapranno garantire, come in passato, la conservazione del complesso aziendale – e, quindi, del valore in sé – della banca in l.c.a. e l'integrale soddisfacimento dei diritti dei creditori, l'insuccesso dell'istituto sarà destinato a protrarsi nel tempo.

È anche vero, però, che, rispetto al passato, l'ordinamento creditizio non sembra dar prova di essere adeguatamente attrezzato a contenere le perdite del *default* bancario mediante la

³¹ BELVISO, *Il trasferimento dell'azienda bancaria nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1972, I, 357.

³² TUSINI COTTAFVI, *op. cit.*, 333.

semplice cessione dei complessi aziendali in crisi. Da un lato, infatti, è sempre più difficile assistere ad operazioni di cessione di attività e passività che consentano l'integrale pagamento dei crediti concorsuali, e, dall'altro lato, è ormai invalsa tra i sistemi di garanzia³³ la tendenza a garantire solo in parte i debiti della procedura.

I recenti mutamenti intervenuti negli assetti del mercato bancario sembrano, pertanto, suggerire l'opportunità di un maggior ricorso all'istituto, considerato che un suo impiego successivo alla conclusione di un'operazione di cessione *ex art. 90, co. 2, t.u.b.* potrebbe garantire una più celere e, nel complesso, più soddisfacente sistemazione della crisi³⁴.

Questa stessa opportunità sembrano poi incoraggiarla le modifiche apportate al previgente quadro normativo dall'avvento del Testo unico. Come vedremo, infatti, il legislatore non solo ha riproposto il concordato – riconoscendone così la validità a dispetto della sua così scarsa applicazione – ma lo ha pure “rivitalizzato”, dettando una disciplina più articolata e coordinata con le omologhe norme fallimentari³⁵.

È pur vero che si tratta di considerazioni di carattere generale, che la prassi potrà tanto avvalorare quanto fermamente smentire: cionondimeno, il fatto che l'istituto abbia trovato recente applicazione – la prima dall'avvento del Testo unico³⁶ – parrebbe, comunque, preludere ad una sua, ormai prossima, riscoperta.

³³ In Italia, i sistemi di garanzia (art. 96 ss. t.u.b.) operanti per le banche sono due: il Fondo di Garanzia dei Depositanti del Credito Cooperativo, “FGDCC”, ed il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, “FITD”, entrambi costituiti sotto forma di consorzi privati e finanziati con i contributi delle banche che vi aderiscono.

In caso di l.c.a., l'intervento del Fondo è obbligatorio (art. 96 *bis* t.u.b.) e si sostanzia nel rimborso dei depositi per un ammontare massimo di 100.000 euro.

Effettuato il rimborso, il Fondo si surroga nei diritti dei depositanti nei confronti della procedura e ha diritto a percepire i riparti erogati dalla liquidazione, entro i limiti di tale rimborso.

³⁴ Si pensi alla possibilità che un terzo assunto si accoli le eventuali passività escluse dalla cessione e che, come qualcuno suggerisce (DESIDERIO, *Il concordato di liquidazione*, cit., 81), i sistemi di garanzia garantiscano degli obblighi da questo assunti.

³⁵ Un processo di rivitalizzazione che il d.lgs. 181/2015 è riuscito a completare, dissipando – come vedremo – i tradizionali contrasti interpretativi sorti in relazione al possibile contenuto della proposta.

³⁶ Si tratta del concordato di liquidazione presentato, per conto di “C-Holding s.r.l.”, dalla liquidatela di “Banca MB s.p.a. in l.c.a.”, in data 11 giugno 2018 ed approvato – in assenza di opposizioni – dal tribunale di Milano, Sez. II civ., in data 12 settembre 2018: si veda il successivo punto 5.1.

4. La presentazione della proposta: legittimati attivi e tempo di proposizione.

Tra le principali innovazioni apportate dal Testo unico alla disciplina previgente vi è, senza dubbio, l'esplicito riconoscimento della legittimazione attiva al soggetto passivo della procedura: legittimati a proporre il concordato sono, infatti, tanto i «commissari liquidatori» quanto «la banca» ai sensi dell'art. 152, co. 2, l.f. (art. 93, co. 1, l.f.).

Dettata nel rispetto degli artt. 3 e 24 Cost.³⁷, la nuova disposizione garantisce alla banca la possibilità di farsi promotrice di una soluzione della crisi alternativa alla propria dissoluzione, che le consenta, pur nei termini fissati dall'art. 94, co. 2., t.u.b.³⁸, di conservare la propria struttura societaria e di tornare ad operare sul mercato.

Come si è anticipato, nel conferire legittimazione all'impresa bancaria, la legge richiama l'art. 152, co. 2, l.f., che disciplina, a sua volta, le modalità di adozione della proposta concordataria nel caso di società.

A tal proposito, sono perciò da considerare le modifiche apportate alla disposizione richiamata dalla novella fallimentare intervenuta nel 2006.

Se, nella sua versione originaria, la norma stabiliva che la proposta e le condizioni del concordato, nelle società per azioni e nelle società cooperative, fossero approvate dall'assemblea straordinaria, salvo pregressa delega agli amministratori, attualmente tale

Sul tema, v. anche DEPETRIS, *Concordato bancario di liquidazione: qualificazione giuridica, contenuto del potere decisorio del giudice dell'omologazione, termine di prescrizione per il ritiro delle somme depositate*, in *Dir. fall.*, 2018, VI, 1265 ss.

³⁷ Già nel vigore dell'art. 83 l.banc. abr., parte della dottrina (DESIDERIO, *La liquidazione coatta delle aziende di credito*, cit., 409 ss.; BAVETTA, *La liquidazione coatta amministrativa*, cit., 269; COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., 597) sosteneva la necessità di riconoscere la legittimazione attiva anche all'impresa. A tal proposito, si segnalava come l'interpretazione letterale dell'art. 83 cit. finisse per rendere la norma costituzionalmente illegittima sotto il profilo del differente trattamento riservato all'impresa bancaria rispetto alla totalità delle altre imprese. Aderire a tale interpretazione, infatti, avrebbe significato negare ai suoi titolari l'accesso al beneficio della riabilitazione civile (conseguente all'esecuzione del concordato) e all'inerente estinzione degli eventuali reati di bancarotta semplice (art. 241 l.f.).

³⁸ *Infra*, 9.

competenza non è più attribuita in via primaria all'assemblea, bensì al consiglio di amministrazione, al quale, pertanto, deve riferirsi l'iniziativa proveniente dalla banca³⁹.

Come detto, legittimato a proporre il concordato è anche il commissario, che agirà come esponente dell'ufficio liquidativo e non quale legale rappresentante della banca in liquidazione⁴⁰. A differenza della banca, il commissario non persegue interessi personali e potrebbe, pertanto, consentire la massima soddisfazione dell'interesse generale che governa l'intera procedura⁴¹.

Con riguardo al tempo di presentazione della proposta, l'art. 93, co. 1, t.u.b. prevede che il concordato possa essere proposto «in qualsiasi stadio» della procedura. La norma riproduce la formula dell'art. 83 l.banc. abr. e ripropone l'interrogativo sull'effettiva possibilità di avanzare una proposta in qualunque fase della procedura e, quindi, anche prima del deposito che rende esecutivo lo stato passivo. In proposito, mi basti richiamare quanto detto sul concordato di diritto comune, e cioè, che se è vero che la legge non esclude questa eventualità, è pur sempre necessario che la proposta sia preceduta da un accertamento sommario delle attività e passività bancarie che consenta agli interessati (Autorità di vigilanza *in primis*, organi della procedura e creditori) di valutarne la credibilità⁴².

La presentazione della proposta di concordato non determina l'automatica sospensione delle attività di liquidazione⁴³: depone in tal senso l'art. 93, ult. co., t.u.b., che riconosce

³⁹ La novella dell'art. 152 l.f. ha perciò risolto a monte il problema dell'individuazione dell'organo investito del potere di convocare l'assemblea per adottare la decisione relativa alla proposta. Va segnalato, infatti, come parte della dottrina (BOCCUZZI, *op. cit.*, 334, nt. 234) sosteneva che questo potere spettasse, *ex art.* 94, co. 2, l.f., ai commissari liquidatori.

⁴⁰ ARMELI, *op. cit.*, 346. Di regola, la proposta del commissario prevede l'intervento di un terzo assuntore.

⁴¹ D'altra parte, l'iniziativa della banca non può non tener conto della necessità di realizzare un vantaggio economico che, generalmente, andrà ad influire sul grado di soddisfacimento dei suoi creditori.

⁴² *Supra*, II, 2. Cfr. DESIDERIO, *op. cit.*, 407; RUTA, *Il sistema della legislazione bancaria*, Roma, 1975, 755.

⁴³ TUSINI COTTAFVI, *op. cit.*, 533. *Infra*, 7.

ai commissari la facoltà di procedere a parziali distribuzioni dell'attivo anche «durante la procedura di concordato».

5. Il contenuto (minimo) della proposta.

Il contenuto della proposta è descritto, nei suoi tratti essenziali, dall'art. 93, co. 2, t.u.b., che, con uno stile tanto sintetico quanto incisivo, prevede che la stessa debba indicare la «percentuale offerta ai creditori, il tempo del pagamento e le eventuali garanzie».

A tal proposito, va detto che la disposizione, come novellata dal d.lgs. 181/2015, riconosce, pur implicitamente, la facoltà di prevedere il pagamento parziale dei creditori privilegiati: in tal senso, infatti, depone, inequivocabilmente, il venir meno – per effetto dell'art. 1, co. 36, lett. a), d.lgs. 181/2015 – del termine «chirografari», contenuto nella precedente versione della norma⁴⁴. Pare superfluo aggiungere che questa facoltà presuppone, comunque, che venga loro offerto un importo almeno equivalente al valore di realizzo dei beni o diritti sui quali insiste il privilegio (cfr. art. 124, co. 3, l.f.)⁴⁵.

La percentuale offerta ai creditori chirografari potrebbe, invece, anche avvicinarsi a valori prossimi allo “zero”, non essendo prevista una soglia minima garantita per il loro soddisfacimento⁴⁶.

Peraltro, il fatto che le «garanzie» siano qualificate come elemento soltanto “accidentale” della proposta non esclude che l'offerta del pagamento in percentuale possa anche

⁴⁴ DI BRINA, *Sub. art. 93*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 1256.

Il riferimento alla «percentuale offerta ai creditori chirografari» di cui al previgente art. 93, co. 2, t.u.b., stava, infatti, ad indicare come la proposta dovesse necessariamente prevedere il pagamento integrale dei creditori che precedono quest'ultimi nell'ordine di distribuzione del ricavato (art. 111 l.f.). In tal senso, BOCCUZZI, *op. cit.*, 335. Conf. GALANTI, *Il concordato di liquidazione*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di Copolino-Coscia-Galanti, Padova, 2008, 986.

⁴⁵ *Supra*, II, 4.3.

⁴⁶ ARMELI, *op. cit.*, 349.

prescindere dalla prestazione di una garanzia reale o personale⁴⁷. Non v'è dubbio, comunque, che la previsione di un'adeguata garanzia, pur non essendo una condizione necessaria, costituisca un sicuro e significativo elemento ai fini della valutazione della proposta da parte dell'autorità di vigilanza.

Il riferimento al «tempo del pagamento» conferma come il concordato possa essere – oltre che “remissorio” – “dilatorio” o “misto” e prevedere, pertanto, una dilazione del pagamento totale o parziale del debito.

Al di là di queste specificazioni, che delineano in termini minimi obbligatori l'oggetto dell'offerta concordataria, la legge non fornisce alcuna indicazione – salvo quanto si dirà in seguito⁴⁸ – sulle possibili modalità di articolazione della proposta, in ciò discostandosi dall'omologa disciplina dettata in sede fallimentare, dove l'art. 214 l.f. rinvia espressamente all'art. 124 l.f. Di qui, la denuncia di parte della dottrina⁴⁹ della perdurante incompletezza della disciplina e della sua – pretesa – inadeguatezza rispetto agli intervenuti mutamenti negli scenari attuali.

A tal proposito, va detto che se è vero che il legislatore avrebbe fatto meglio ad optare per un rinvio esplicito all'art. 124 l.f., non sembrano, comunque, esservi ostacoli ad estendere al concordato bancario la varietà di contenuti che la legge prevede per il concordato fallimentare (e coattivo)⁵⁰. In tal senso, infatti, depone, il richiamo, in via suppletiva, alle «disposizioni della legge fallimentare» di cui all'art. 80, ult. co., l.f.⁵¹.

⁴⁷ Ravvisa la ragione della mera eventualità della garanzia nella circostanza che i commissari «sovrintendono» all'adempimento del concordato, DESIDERIO, *op. cit.*, 412.

L'argomento ha perso di significato nell'attuale contesto normativo dove tanto il concordato coattivo, quanto quello fallimentare, non prevedono l'obbligo di garanzie senza che a questo corrisponda una “atipica” garanzia di adempimento affidata al commissario liquidatore o al curatore.

⁴⁸ *Infra*, 5.1.

⁴⁹ ARMELI, *op. cit.*, 350; BONFATTI, *La liquidazione coatta della banca*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., IV, 935.

⁵⁰ DI BRINA, *op. cit.*, 1254.

⁵¹ Naturalmente, le disposizioni di rinvio alla legge fallimentare contenute nel t.u.b. (e nelle altre leggi speciali che disciplinano la liquidazione coatta amministrativa) devono intendersi sostituite con i richiami alle disposizioni del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (cfr. art. 294, co. 2, C.C.I.I.).

La soluzione non sembra, peraltro, doversi per forza giustificare in via interpretativa, giacché, come si nota⁵², «permanendo la necessaria autorizzazione della Banca d'Italia, questa non darà comunque ingresso a quelle proposte che, sfruttando le amplissime possibilità concesse dall'art. 124 l.f., non realizzino – anche e soprattutto – l'interesse pubblico».

Ne consegue, pertanto, l'ammissibilità di forme di ristrutturazione del debito diverse dalla pura e semplice remissione e/o dilazione, nonché la facoltà per il proponente di suddividere i creditori in classi.

Sotto il primo aspetto, la proposta potrà quindi realizzare una cessione di beni ai creditori⁵³, che, in ambito bancario, può riguardare titoli prontamente liquidabili e con prezzi di mercato certi, oppure una conversione qualitativa del credito in strumenti di *equity* o *quasi equity* da attribuire loro in via riservata; sotto il secondo aspetto, potrà riservare trattamenti economici diversi ai creditori che appartengono a classi differenti⁵⁴. In tal senso, deve osservarsi come la struttura del passivo dell'impresa bancaria, che si caratterizza per la presenza di passività molto concentrate presso pochi creditori e, per lo più, verso soggetti meritevoli di particolare protezione, renda di fatto più agevole la suddivisione del ceto creditorio «secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei»: basti pensare, a titolo esemplificativo, alla possibilità di suddividere i creditori a seconda che gli stessi siano depositanti-risparmiatori o investitori, investitori privati o investitori istituzionali, e via dicendo.

La suddivisione in classi non dovrà, comunque, sortire l'effetto di alterare l'ordine di preferenza nella soddisfazione dei crediti chirografari previsto dall'art. 91, co. 1 *bis*, t.u.b, che antepone, a tutti gli altri, i crediti derivanti dai depositi protetti (*i.e.* di valore non

⁵² TOMASSO, *La riforma del concordato nella liquidazione coatta amministrativa e nell'amministrazione straordinaria*, cit., 120.

⁵³ Per l'ammissibilità, già nel vigore della previgente disciplina, del concordato bancario con *cessio bonorum*, BOCCUZZI, *op. cit.*, 335.

⁵⁴ *Supra*, II, 4.1, 4.2.

superiore a 100.000 euro) ed i crediti vantati dai sistemi di garanzia che si siano surrogati nei diritti dei depositanti protetti⁵⁵.

5.1. Il concordato con assunzione (art. 93, co. 3, t.u.b.).

La proposta di concordato presentata dal commissario liquidatore o dalla banca può prevedere l'intervento di un terzo assuntore, che si offra di adempiere gli obblighi concordatari dietro l'acquisto di tutto o parte dell'attivo di liquidazione: l'art. 93, co. 3, t.u.b., infatti, prevede espressamente che «l'obbligo di pagare le quote di concordato può essere assunto da terzi con liberazione totale o parziale della banca concordataria»⁵⁶.

Nello specifico, l'adempimento del concordato può essere offerto sia da persone fisiche (ipotesi, comunque, puramente teorica) sia da persone giuridiche, autorizzate o meno all'esercizio dell'attività creditizia⁵⁷: resta il fatto, che non essendo, in quanto «terzi», legittimati attivi ai sensi dell'art. 93, co. 1, t.u.b., la proposta deve formalmente essere presentata dal commissario liquidatore o dalla banca⁵⁸.

⁵⁵ Il comma 1 *bis* – aggiunto dall'art. 1, comma 33, lett. b), d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181, attuativo della Direttiva “*BRRD*” – introduce un meccanismo di “preferenza graduata” nel pagamento dei creditori chirografari di una banca in l.c.a. (o anche in risoluzione), antepoendo ad ogni altro creditore la soddisfazione dei depositanti (cd. “*depositor preference rule*”) e procedendo ad una graduazione anche all'interno di questa categoria.

Nello specifico, sono soddisfatti con preferenza i depositi protetti ed i crediti da surrogazione dei sistemi di garanzia; seguono, nell'ordine, i crediti da restituzione della parte dei depositi protetti di persone fisiche, micro-imprese, piccole e medie imprese, ammissibili al rimborso e superiori ad euro 100.000 e gli altri creditori chirografari.

⁵⁶ In tal senso, la norma ripropone il contenuto della corrispondente previsione di cui all'art. 83, co. 2, l.banc. abr.

⁵⁷ DI BRINA, *op. cit.*, 1258.

⁵⁸ Trib. Milano, 12 settembre 2018, inedita.

Nel caso di specie, la proposta formulata da “C-Holding s.r.l.”, quale terzo assuntore del concordato presentato dalla liquidatela di “Banca MB s.p.a. in l.c.a.”, è stata, per l'appunto, recepita e trasfusa in un autonomo ricorso del commissario liquidatore, che figurava perciò come proponente.

Come è noto, l'intervento dell'assuntore determina, *ex parte debitoris*, una vicenda sostitutiva riconducibile, in assenza di contraria previsione, allo schema dell'accollo cumulativo dei debiti (cfr. art. 1273, co. 2, c.c.)⁵⁹. In ambito bancario, vale, invece, la regola opposta, ossia quella della natura privativa dell'accollo, dal momento che l'art. 93 cit. presuppone, da un lato, la contestuale «liberazione» della banca, e precisa, dall'altro lato, che «l'azione dei creditori per l'esecuzione del concordato *non* [possa] esperirsi *che* contro i terzi assuntori entro i limiti delle rispettive quote»⁶⁰. Così disponendo, infatti, la norma chiarisce come l'assunzione totale o parziale⁶¹ del passivo della liquidazione (e, quindi, del correlativo obbligo di adempiere gli oneri concordatari) determini, salvo diversa previsione, l'immediata liberazione della banca in l.c.a. In caso di inadempimento, pertanto, i creditori rimasti insoddisfatti potranno agire soltanto nei confronti dell'assuntore, mentre deve escludersi, giusta la previsione di cui all'art. 137, co. 7, l.f., la possibilità di chiedere (anche) la risoluzione del concordato⁶².

All'accollo dei debiti corrisponde, come detto, il rilievo, da parte dell'assuntore, dell'attivo di liquidazione. Come l'assunzione delle passività, anche quest'ultimo può essere parziale, con conservazione da parte della banca di una parte residua di patrimonio nella fase post-concordataria, ovvero totale, con trasferimento in capo all'assuntore di tutte le attività. In tal caso, la perdita totale dell'attivo rende, peraltro, difficile ipotizzare, in mancanza di una ricapitalizzazione da parte dei soci, il ritorno *in bonis* dell'impresa con modifica dell'oggetto sociale, previsto dall'art. 94, co. 2, t.u.b.⁶³.

⁵⁹ NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., 286 ss.

⁶⁰ Corsivo nostro.

⁶¹ Rimane intatta, infatti, la possibilità che l'accollo non riguardi tutte le passività, ma parte di esse, così permanendo, limitatamente alle altre, la responsabilità della banca in liquidazione. In tal caso, pertanto, i diritti di credito rimasti insoddisfatti potranno essere azionati, in sede post-concorsuale, nei confronti dell'impresa, se questa sopravvive alla chiusura della procedura, ovvero nei confronti dei soci, entro i limiti dell'eventuale residuo attivo ad essi distribuito ai sensi dell'art. 213 l.f.: cfr. RICCI, *Liquidazione coatta amministrativa con residuo attivo: quid faciendum?*, cit., 263 ss.

⁶² *Supra*, III, 7.

⁶³ DI BRINA, *op. cit.*, 1258.

Nello specifico, possono formare oggetto di cessione all'assuntore sia i beni e diritti⁶⁴ compresi nell'attivo concorsuale, sia le azioni di pertinenza della massa, ancorché non azionate dal commissario liquidatore. A tal proposito, l'art. 93, come novellato dal d.lgs. 181/2015, prescrive quale generale ed unica condizione di cedibilità dell'azione l'autorizzazione da parte della Banca d'Italia⁶⁵.

Questa previsione – che ricalca quanto previsto dall'art. 124, co. 4, l.f. – dimentica, tuttavia, che nella l.c.a. bancaria (e comune) le sole azioni di massa che richiedono, per legge, la previa autorizzazione dell'autorità di vigilanza sono le azioni di responsabilità previste dall'art. 84, co. 5, t.u.b.⁶⁶ e che, di conseguenza, il commissario liquidatore abbia, senza necessità di autorizzazione, capacità processuale (*legitimatio ad processum*) per l'esercizio di ogni altra azione⁶⁷. Di qui, la possibilità – per le azioni diverse da quelle di cui all'art. 84 – di intendere l'autorizzazione della Banca d'Italia “in senso lato” e, quindi, non come “autorizzazione a stare in giudizio”, ma come “autorizzazione alla cessione”: cioè a dire che la proposta debba semplicemente indicare l'oggetto ed il titolo dell'azione (e, se pendente, lo stato del relativo giudizio), così che l'autorità di vigilanza possa, in sede di autorizzazione (della proposta), valutarne la fondatezza e, se del caso, autorizzarne, per l'appunto, la cessione.

⁶⁴ Si pensi, per es., a dei crediti commerciali o a delle pretese risarcitorie sorte in epoca anteriore alla messa in l.c.a. ed oggetto di processi pendenti.

⁶⁵ L'art. 1, co. 36, d.lgs. 181/2015, ha integrato il terzo comma della norma, recependo le disposizioni contenute nel quarto comma dell'art. 124 l.f.

Nel vigore della disciplina previgente, si riteneva che, nel caso di cessione ad un assuntore, potessero far parte dell'attivo ceduto soltanto le azioni di responsabilità avviate nei confronti degli amministratori della società e le azioni revocatorie (App. Roma, 1.4.1997, cit., 1077). La nuova formulazione, invece, chiarisce che «la proposta può prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo, anche delle azioni di pertinenza della massa, purché autorizzate dalla Banca d'Italia, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa». Ciò conferma come l'assuntore possa rendersi cessionario di tutte le azioni, quale che ne sia la natura, purché individuate specificatamente e debitamente autorizzate dall'autorità di vigilanza.

⁶⁶ Trattasi dell'azione sociale di responsabilità e di quella dei creditori sociali contro i membri dei cessati organi amministrativi e di controllo ed il direttore generale, dell'azione contro il soggetto incaricato della revisione legale dei conti, nonché dell'azione del creditore sociale contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento.

⁶⁷ Trib. Torino, 28.10.1991, cit., 519; Cass. 23.2.1993, cit., 822.

Secondo questa modalità possono cedersi all'assuntore anche le azioni revocatorie fallimentari⁶⁸.

A tal riguardo, va detto che tali azioni – la cui natura “originariamente di massa” postula, come è noto, l'esclusiva legittimazione attiva del commissario liquidatore e, quindi, l'impossibilità per l'assuntore di instaurare un autonomo giudizio revocatorio – non richiedono, per poter essere cedute, la pendenza del relativo giudizio al momento dell'approvazione del concordato⁶⁹. L'approvazione del concordato bancario, infatti, non segna la fine della procedura (come invece accade per il fallimento a seguito del passaggio in giudicato del decreto di omologa), ma soltanto l'inizio della fase esecutiva, che è parte integrante di essa. Ne consegue, pertanto, che il commissario liquidatore (*i.e.* il cedente) conserva la capacità processuale per instaurare il giudizio revocatorio che potrà essere proseguito dall'assuntore, previo subentro *ex art.* 111, co. 3, c.p.c., quale successore a titolo particolare nel diritto controverso⁷⁰.

6. I pareri degli organi liquidatori e l'autorizzazione della Banca d'Italia.

La proposta di concordato è oggetto di una prima valutazione da parte degli organi della procedura, che sono tenuti, *ex art.* 93 co. 1, t.u.b., a formulare un parere su di essa. Nello specifico, se proponente è il commissario liquidatore, questi deve richiedere il parere del comitato di sorveglianza, mentre se la proposta proviene dalla banca, si rendono necessari i pareri di entrambi gli organi della procedura. In tal caso, l'organo commissariale sarà il

⁶⁸ Nel senso che la dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza costituisca l'unica condizione per l'esercizio delle azioni revocatorie nella l.c.a.: Cass. 29.4.1994, n. 4167, cit., 1245. Conf. Cass. 20.6.2006, n. 2454, cit. 307.

⁶⁹ *Supra*, II, 4.4.1.

⁷⁰ Cfr. VATTERMOLI, *La “cessione” delle revocatorie*, cit., 463 ss.; *id.*, *Le cessioni «aggregate» nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, Milano, 2001, 205-206.

primo ad effettuare le proprie valutazioni sulla proposta, dovendo, nello specifico, verificare la correttezza dei parametri economici esposti, il grado di soddisfacimento offerto ai creditori, i risultati che il concordato può garantire loro rispetto alla prosecuzione della liquidazione ed i tempi necessari per la sua esecuzione. Qualora il proponente abbia offerto delle garanzie, il commissario dovrà valutare se, e in quale misura, le stesse siano idonee ad assicurare il rispetto degli obblighi assunti dal proponente⁷¹.

La proposta di concordato, eventualmente munita del parere del commissario, sarà quindi sottoposta alla valutazione del comitato di sorveglianza, che formulerà, in forma di relazione scritta, un parere di “contenuto favorevole” o “sfavorevole”⁷²: detto parere è obbligatorio ma non vincolante, come, del resto, quello dell'organo commissariale.

Corredata dei prescritti pareri⁷³, la proposta è trasmessa alla Banca d'Italia, che dovrà autorizzarne la presentazione (art. 93, co. 1, ult. inc., t.u.b.).

Il rilascio dell'autorizzazione *de qua* è espressione del potere di direzione e intervento nella procedura amministrativa che il legislatore del Testo Unico riconosce alla Banca d'Italia ed assurge, nel caso di specie, a condizione di procedibilità dell'intero procedimento concordatario.

In corso di istruttoria⁷⁴, l'autorità di vigilanza dovrà verificare *in primis* lo stato di avanzamento della procedura di liquidazione coatta e le sue prospettive di continuazione;

⁷¹ Per quanto l'art. 93 t.u.b. non richiami l'art. 125, co. 1, l.f., si ritiene che il parere del commissario liquidatore abbia la stessa natura comparativa del parere che il curatore, nel fallimento, deve esprimere «con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione ed alle garanzie offerte»: cfr. DI IULIO, *Il nuovo concordato coattivo*, cit., 755.

⁷² Si ricordi, *per incidens*, che le decisioni del comitato di sorveglianza sono assunte a maggioranza dei componenti in carica (da tre a cinque) e che, in caso di parità, prevale il voto del presidente (art. 84, co. 6, t.u.b.).

⁷³ I pareri degli organi liquidatori devono giungere congiuntamente, o quanto meno contestualmente, alla proposta. Ritiene che la loro mancanza non consenta la concessione dell'autorizzazione e che non sia possibile farli pervenire alla Banca d'Italia *ex post* in via di sanatoria, DESIDERIO, *op. cit.*, 418. *Contra* ARMELI, *op. cit.*, 350.

⁷⁴ Il procedimento di autorizzazione è regolato dalla l. 7 agosto 1990, n. 241.

Durante l'istruttoria, l'autorità vigilante non ha poteri prescrittivi e non può, pertanto, modificare il contenuto della proposta né subordinare l'autorizzazione a determinate condizioni. D'altra parte, si

dovrà quindi considerare i profili di legittimità e convenienza della proposta, avendo di mira sia la tutela degli interessi generali connessi alla stabilità del sistema ed alla conservazione delle strutture operative della banca, sia la tutela degli interessi dei depositanti e degli investitori, globalmente ed individualmente considerati⁷⁵. Detto altrimenti, prima di concedere la propria autorizzazione, la Banca d'Italia dovrà valutare se la soluzione concordataria risponda all'interesse pubblico connesso alla funzionalità del sistema creditizio ed alla più celere conclusione della l.c.a. e se tuteli in modo adeguato i diritti dei privati coinvolti nella procedura.

7. Il giudizio di approvazione: il deposito della proposta e le eventuali opposizioni.

Dopo avere acquisito l'autorizzazione della Banca d'Italia, il proponente può depositare la proposta, unitamente ai pareri degli organi liquidatori, presso la cancelleria del tribunale del luogo dove la banca ha la propria «sede legale» (art. 93, co.1 e 4, t.u.b.)⁷⁶. Anche se la norma non lo richiede, deve essere depositato lo stesso provvedimento autorizzativo, quale prova documentale dell'assolvimento della condizione di procedibilità⁷⁷.

ritiene che la stessa possa, al più, chiedere al proponente osservazioni, chiarimenti, integrazioni o modificazioni della proposta.

Il provvedimento amministrativo reso in esito alla fase istruttoria deve essere motivato a norma dell'art. 3 l. 241/1990 e può essere impugnato sia con reclamo al Comitato interministeriale per il credito e il risparmio – “CICR” (art. 9 t.u.b.), sia con ricorso giurisdizionale, gerarchico e straordinario.

Dal momento che l'art. 93 t.u.b. tace sull'eventualità di un diniego, non sembra necessario un formale provvedimento che dichiari inammissibile la proposta; il diniego rimarrà agli atti della procedura ed impedirà il deposito della proposta.

⁷⁵ Depone in tal senso la *Relazione* illustrativa che accompagna il Testo unico.

⁷⁶ Si tratta del medesimo ufficio giudiziario che la disciplina del Testo unico individua, in più momenti (v. anche artt. 82, 86, 92 t.u.b.), come quello “funzionalmente” competente per la procedura.

Per l'individuazione della sede legale della banca, che presuntivamente coincide con la sua sede principale, si deve, pertanto, far riferimento alle risultanze dell'iscrizione nel registro delle imprese ex art. 2196 c.c.

⁷⁷ ARMELI, *op. cit.*, 354.

Al deposito della proposta, la legge non collega effetti diversi da quello – meramente processuale – della (litis)pendenza del giudizio di approvazione. In particolare, la proposizione del concordato non interferisce con l’attività di liquidazione né tantomeno con gli annessi riparti parziali, la cui esecuzione, tra l’altro, è fatta esplicitamente salva dall’ultimo comma dell’art. 93 t.u.b.⁷⁸.

Questa previsione – comunque singolare se si pensa che il concordato proposto è proprio preordinato alla sostituzione della fase di riparto – va a beneficio dello stesso ceto creditorio, che potrà vedere soddisfatte le proprie ragioni già in corso di procedura, senza dover attendere la decisione giudiziale sulla proposta.

D’altra parte, però, la prosecuzione della liquidazione e l’esecuzione *medio tempore* di riparti e restituzioni non sembra, per logica, una scelta conveniente poiché obbliga il proponente a fare i conti con un attivo di liquidazione “dinamico” ed il giudice a relazionarsi con una proposta di concordato suscettibile di variare nei suoi termini essenziali (riguardanti, cioè, il *quantum* da ripartire ed il *quid* da restituire)⁷⁹.

Di qui, l’opportunità, ove a monte non sia intervenuta una direttiva in tal senso della Banca d’Italia, di chiedere al tribunale una forma di cautela che legittimi la sospensione dell’attività di liquidazione e di riparto dell’attivo⁸⁰.

Il deposito della proposta è reso pubblico nelle forme discrezionalmente stabilite dalla Banca d’Italia (art. 93, co. 4, t.u.b.). A tal proposito, non è prescritta, come invece prevede l’art. 214, co. 2, l.f., alcuna comunicazione individuale, ragion per cui si può ritenere che, in assenza di disposizioni da parte dell’autorità vigilante, il commissario liquidatore non sia tenuto a notificare la proposta ai creditori⁸¹.

⁷⁸ «Durante la procedura di concordato il commissario liquidatore può procedere a parziali distribuzioni dell’attivo a norma dell’art. 91».

⁷⁹ ARMELI, *op. cit.*, 357.

⁸⁰ *Supra*, III, 1.

⁸¹ DI BRINA, *op. cit.*, 1260.

Inoltre, per quanto la Banca d'Italia possa, meglio, debba⁸² prevedere un rafforzato livello di pubblicità (la pubblicazione su quotidiani a tiratura locale e/o nazionale, sul sito internet della banca in l.c.a., *etc.*), il termine (perentorio) di trenta giorni per la presentazione delle eventuali opposizioni non decorre dal momento in cui si presume che i diretti interessati siano venuti a conoscenza del deposito della proposta, ma dal deposito stesso (art. 93, co. 5, t.u.b.).

Ora, per ovviare al silenzio della legge sulla comunicazione della proposta, si potrebbe, invero, richiamare in via suppletiva, *ex art.* 80, ult. co., t.u.b., quanto prevede l'art. 214 l.f., e ritenere, pertanto, che il commissario liquidatore debba quantomeno notificare la proposta ai creditori ammessi allo stato passivo⁸³. Il punto è – e qui non vi è spazio per una diversa interpretazione – che la prevista decorrenza del termine per la presentazione di contestazioni dal deposito della proposta, e non dalla sua comunicazione o pubblicazione, rende comunque meno effettivo l'esercizio del diritto di opposizione.

In tal senso, sarebbe quindi opportuno un intervento legislativo che adegui *in parte qua* la disciplina speciale a quella generale: non potendo, per il momento, sostituirci al legislatore, ci basti segnalare un'evidente violazione dei principi del “giusto” o “equo processo” individuati dal combinato disposto dagli artt. 3, 24, 111, co. 1 e 2 Cost., nonché, a livello sovranazionale, dall'art. 6 CEDU⁸⁴. Così formulata, infatti, la norma istituisce un'irragionevole disparità di trattamento tra creditori di una società sottoposta a l.c.a. “comune” e creditori di un istituto di credito in l.c.a., compromettendo l'effettività del diritto di quest'ultimi ad agire in giudizio per la tutela dei propri diritti. Del resto, non è

⁸² Nonostante la legge si esprima in termini di possibilità («La Banca d'Italia può stabilire altre forme di pubblicità»), la previsione di idonee forme di pubblicità deve ritenersi doverosa: cfr. ARMELI, *op. cit.*, 355.

⁸³ Notificazione da effettuarsi, quindi, secondo le modalità telematiche previste dall'art. 207, co. 4, l.f., come novellato dal d.l. 179/2012.

⁸⁴ Si ricordi che, in tema di l.c.a., l'imperatività di questi principi è stata più volte affermata tanto dal giudice delle leggi (C. cost., 29.4.1993, n. 201, cit., 589), quanto dalla più recente giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. lav., 19 giugno 2017, n. 15066, in *Guida al dir.*, 2017, 35-36, 30 ss.).

inverosimile che, venuti a conoscenza dell'esistenza dell'iniziativa concordataria, i creditori si trovino a disposizione uno spazio di tempo troppo breve per poter valutare adeguatamente la proposta ed eventualmente contestarne la convenienza.

L'art. 93, co. 5, t.u.b. prevede, molto genericamente, che le eventuali opposizioni – da proporsi mediante ricorso – vengano comunicate al commissario liquidatore. La norma non specifica chi deve effettuare tale comunicazione né tantomeno il termine entro cui la stessa deve essere eseguita.

Parte della dottrina⁸⁵ ritiene che vi debba provvedere la cancelleria del tribunale, non appena siano decorsi trenta giorni dal deposito della proposta. A tal proposito, si osserva⁸⁶ – giustamente – che la comunicazione debba essere indirizzata anche alla banca in liquidazione, sia perché potenziale proponente sia per l'interesse che questa può avere a partecipare ad un giudizio (*i.e.* quello di approvazione) che decide, una volta per tutte, delle sorti del suo patrimonio.

La soluzione che qui si vuole proporre è parzialmente diversa e prende le mosse dalla necessità di integrare la disposizione in discorso, che nulla dice sullo svolgimento generale del giudizio di approvazione, con quanto prevede, in punto di rito, l'art. 214 l.f.

La norma, come è noto, richiama, in quanto compatibile, l'art. 129 l.f., disciplinante, a sua volta, il giudizio di omologazione del concordato fallimentare. Come è noto, questo giudizio assume caratteri diversi a seconda che vengano o meno presentate opposizioni: se non perviene alcuna contestazione, il collegio decide, con decreto non reclamabile, sulla base della documentazione depositata e senza dover dar corso ad alcuna attività istruttoria; in caso contrario, è invece prevista la fissazione di un'udienza per l'audizione delle parti e l'assunzione dei mezzi istruttori da queste richiesti o disposti d'ufficio.

⁸⁵ ARMELI, *op. cit.*, 358

⁸⁶ *Ibid.*

Nello specifico, il procedimento segue il modello previsto dall'art. 26 l.f. per il reclamo contro i decreti del giudice delegato: il presidente del collegio, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso in opposizione, designa il relatore e fissa con decreto l'udienza di comparizione; il ricorso ed il decreto di fissazione dell'udienza sono quindi notificati dal ricorrente al curatore (nel nostro caso, al commissario liquidatore) ed ai controinteressati entro cinque giorni dalla comunicazione del decreto. I resistenti e gli eventuali intervenienti devono costituirsi almeno cinque giorni prima dell'udienza depositando una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto ed in diritto e l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti. In udienza, il tribunale, sentite le parti, assume i mezzi di prova, eventualmente delegando un suo componente, e, quindi, decide, con decreto, sulla proposta.

Prestando fede a questa scansione procedurale, si può fondatamente ritenere che la comunicazione di cui all'art. 93, co. 5, t.u.b. coincida con la notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza di comparizione che l'opponente deve effettuare entro e non oltre il termine di cinque giorni dalla comunicazione del decreto. A tal proposito, si noti che, per espressa previsione di legge, il ricorso in opposizione deve essere notificato anche ai «controinteressati» e tra questi ben può annoverarsi, proprio per le ragioni anzi dette, la banca in liquidazione⁸⁷.

⁸⁷ Nella veste di proponente il concordato, la banca può quindi costituirsi e svolgere le proprie difese resistendo all'opposizione.

Se l'iniziativa proviene dal commissario, si ritiene che la stessa, in quanto titolare del patrimonio di cui si dispone, possa contestare la proposta, intervenendo nel procedimento pendente: cfr. ARMELI, *op. cit.*, 359. Non è chiaro, tuttavia, se questa possa intervenire anche in via principale: la perentorietà del termine previsto per l'opposizione fa comunque propendere per la soluzione negativa.

In tal caso, pertanto, sarebbe opportuno che il commissario, se proponente, dia notizia del deposito della proposta anche alla banca, così che possa valutare l'opportunità di proporre opposizione. Ciò offre lo spunto per chiarire come il novero dei soggetti interessati a proporre opposizione non si riduca al ceto creditorio, per quanto questi lo rappresenti per la grande maggioranza, ma comprenda anche la banca stessa, quando della proposta non sia l'artefice, e qualunque altro soggetto che sia coinvolto a vario titolo dal piano concordatario. Resta il fatto che, per l'ammissibilità del ricorso, l'opposizione deve comunque fondare un interesse concreto ed attuale ai sensi dell'art. 100 c.p.c.

La presentazione di opposizioni alla proposta influisce inevitabilmente anche sull'oggetto del giudizio demandato all'autorità giudiziaria.

In difetto di contestazioni, il collegio accerta la regolarità formale e sostanziale della documentazione depositata e procede con l'approvazione della proposta, senza doverne esaminare il merito⁸⁸. Non sussistendo, infatti, alcuna "*res litigiosa*", il tribunale non può che prendere atto della positiva valutazione nel merito già compiuta dagli organi della procedura⁸⁹. In presenza di opposizioni, invece, il giudizio demandato tribunale assume caratteri più complessi, dovendo esso valutare – oltre alla regolarità della procedura – la convenienza della proposta sulla base delle specifiche doglianze dei ricorrenti. In tal caso, il tribunale svolge la tipica funzione di cognizione ed esamina nel merito la proposta, tenendo conto delle opposizioni – il cui contenuto investirà, di norma, il pregiudizio arrecato dal concordato all'opponente, in termini di soddisfacimento delle proprie pretese rispetto alle altre soluzioni praticabili (cessione o riparto finale) – e del parere che sulle stesse deve rendere la Banca d'Italia (art. 93, co. 6, t.u.b.).

Prima di decidere, pertanto, il collegio deve acquisire il parere formulato dall'autorità di vigilanza con specifico riferimento alle contestazioni presentate dai ricorrenti⁹⁰. Diversamente dal commissario o dalla banca, che sono parti necessarie nel giudizio di approvazione, la Banca d'Italia non è chiamata a resistere alle opposizioni, contestandone la fondatezza, quanto piuttosto a (ri)formulare un giudizio di convenienza sulla proposta sulla scorta degli argomenti adottati dai ricorrenti: detto altrimenti, l'autorità vigilante

⁸⁸ Il tribunale deve, quindi, accertare la propria competenza, l'esistenza dell'autorizzazione e dei pareri degli organi liquidatori. Deve, inoltre, verificare se ai creditori privilegiati sia offerto l'integrale pagamento della quota di credito coperta dal valore del bene su cui insiste la prelazione e, in presenza di un concordato con classi, se siano rispettati i criteri per la loro formazione e se i trattamenti differenziati non portino ad alterare l'ordine legale dei privilegi.

⁸⁹ DEPETRIS, *Concordato bancario*, cit., 1265; BOCCUZZI, *op. cit.*, 337.

⁹⁰ A tal fine, si ritiene che il commissario liquidatore debba trasmettere in copia alla Banca d'Italia il testo delle opposizioni.

dovrà valutare se le questioni sollevate in via d'opposizione forniscano elementi tali da poter modificare il giudizio positivo già espresso in sede di autorizzazione.

La decisione sulla proposta sarà quindi frutto di un esame comparativo tra il merito delle opposizioni e del parere dell'autorità di vigilanza, volto a verificare che il concordato non comporti un eccessivo sacrificio delle ragioni creditorie degli opposenti a discapito dell'interesse generale alla tutela del credito.

Il decreto che approva o rigetta la proposta di concordato è pubblicato mediante deposito in cancelleria e nelle altre forme previste dal tribunale (quali, per es., la pubblicazione per estratto su quotidiani a diffusione locale e/o nazionale) e comunicato al commissario e agli opposenti, che possono presentare reclamo a norma dell'art. 131 l.f.

8. Efficacia ed effetti del concordato: *rinvio*.

L'art. 93 t.u.b. non contiene disposizioni che regolano, sotto il profilo temporale, l'efficacia della proposta. A tal proposito, in linea con quanto prevede l'art. 130, co. 1, l.f, deve ritenersi che la proposta di concordato, in difetto di una diversa clausola concordataria, acquisti efficacia con la pubblicazione del decreto di approvazione⁹¹.

Gli effetti del concordato sono regolati dall'art. 135 l.f., espressamente richiamato dall'art. 93, co. 6, t.u.b.: rinviando a quanto già osservato con riferimento agli effetti del concordato di diritto comune⁹², pare sufficiente segnalare, quale funzionale premessa per il prosieguo della trattazione, l'assenza di effetti sullo svolgersi della procedura, che, come si è anticipato, è destinata a proseguire durante la fase esecutiva.

⁹¹ *Supra*, III, 5.

⁹² *Supra*, III, 5.1.

9. L' esecuzione.

L' esecuzione del concordato è affidata al trinomio “commissario liquidatore - comitato di sorveglianza - Banca d'Italia”, nel rispetto dei ruoli assegnati a tali organi dall'art. 84 t.u.b. con riguardo all'intera vicenda liquidativa⁹³.

Nello specifico, l'art. 94, co. 1, t.u.b. riconosce poteri direttivi alla Banca d'Italia ed attribuisce al commissario liquidatore il compito di “sovrintendere”, con l'assistenza del comitato di sorveglianza, all' esecuzione del concordato, in ciò discostandosi dalla formulazione di cui al previgente art. 86 l.banc. abr., che affidava al commissario l' esecuzione del concordato ed al comitato di sorveglianza funzioni di vigilanza⁹⁴.

Qualificando l'attività commissariale in termini di “sovrintendenza”, il legislatore ha inteso attribuire all'organo liquidatore compiti di supervisione sulle operazioni concordatarie e di stimolo all'adempimento degli obblighi scaturenti dal concordato, che ben si giustificano per il caso in cui la proposta preveda l'intervento di un terzo che si renda cessionario dell'attivo concorsuale.

D'altra parte, però, non è chiaro quale ruolo svolga il commissario quando la proposta, proveniente dall'impresa bancaria, non preveda l'intervento di un assuntore. A tal proposito, non si conviene con chi afferma⁹⁵ che la legittimazione attiva che la legge concede alla banca a norma dell'art. 152, co. 2, l.f. si estende anche agli atti esecutivi del concordato, che saranno svolti dall'impresa, sotto la supervisione dei commissari.

Questa lettura, infatti, muove dall'errata convinzione che la legittimazione a proporre il concordato comporti necessariamente la capacità di eseguirlo. Ciò che consente al

⁹³ Il che conferma – inequivocabilmente – la stretta inerenza del concordato alla procedura, quale strumento di definizione alternativo rispetto al realizzo dell'attivo e al conseguente riparto tra i creditori. In tal senso, DESIDERIO, *op. cit.*, 73.

⁹⁴ «L' esecuzione del concordato è affidata ai commissari, secondo le direttive dell'Ispektorato e sotto la vigilanza del Comitato di sorveglianza».

⁹⁵ DI BRINA, *op. cit.*, 1262.

proponente di eseguire il concordato non è tanto la previsione di una norma che lo legittimi alla presentazione della proposta, quanto piuttosto la capacità di disporre di un attivo da cui attingere le risorse per effettuare i pagamenti concordatari. Nei confronti della banca, questa circostanza può verificarsi soltanto per effetto del decreto che, ponendo fine alla procedura, determini la caducazione degli effetti ablatori che hanno investito il suo patrimonio⁹⁶. Come vedremo, però, questo provvedimento interviene soltanto in un tempo successivo all'esecuzione del concordato, rinviando perciò a quel momento la *restitutio* all'impresa dei beni acquisiti dalla procedura⁹⁷.

Tanto considerato, si può quindi concludere come la permanenza dello "spossessamento" nella fase esecutiva precluda alla banca il compimento di atti esecutivi, che dovranno essere eseguiti dal commissario liquidatore.

Durante l'esecuzione del concordato, il comitato di sorveglianza svolge, invece, un'attività di assistenza che comprende l'esercizio di poteri di consulenza e controllo sull'operato del commissario liquidatore⁹⁸.

10. La cessazione della procedura: trasformazione dell'impresa o sua definitiva liquidazione.

⁹⁶ Si ricordi che dalla data di insediamento degli organi liquidatori, e comunque, dal sesto giorno lavorativo successivo alla data di adozione del provvedimento che dispone la liquidazione coatta, si producono, nei confronti della banca, gli effetti previsti dagli articoli 42, 44, 45 e 66 l.f. (art. 83, co. 3, t.u.b.).

⁹⁷ *Infra*, 9.

⁹⁸ DI BRINA, *op. cit.*, 1263.

L'art. 94, co. 2, t.u.b disciplina la fase successiva all'esecuzione del concordato, prevedendo una particolare modalità conclusiva della procedura ipoteticamente compatibile con la giuridica sopravvivenza dell'impresa.

Prima di procedere alla cancellazione della società, è, infatti, previsto che «i commissari liquidatori convochino l'assemblea dei soci della banca perché sia deliberata la modifica dell'oggetto sociale in relazione alla revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria»⁹⁹.

In via del tutto eccezionale, pertanto, la legge accorda al commissario liquidatore il potere-dovere di convocare l'assemblea sociale della banca, le cui funzioni, sospese per effetto del decreto di apertura della l.c.a., rivivono esclusivamente per l'adozione di una delibera di modifica dell'oggetto sociale¹⁰⁰. Questa decisione sancisce, ad un tempo, la fuoriuscita dell'ente dal settore bancario – nel quale, proprio per effetto dell'intervenuta revoca all'esercizio dell'attività bancaria, non potrebbe comunque operare¹⁰¹ – e la sua sopravvivenza per lo svolgimento di altre attività consentite. A tal proposito, peraltro, si ritiene che la modifica dell'oggetto originario possa ridursi alla sola eliminazione dell'attività di raccolta del risparmio tra il pubblico e che l'impresa possa continuare ad operare nel ramo finanziario¹⁰². Al mutamento dell'oggetto sociale, seguirà, per effetto del decreto di chiusura della procedura, il ripristino della funzionalità propria degli organi societari, ai quali il commissario restituirà il compendio attivo residuo¹⁰³.

⁹⁹ Per quanto non espressamente considerata dalla previgente legge bancaria, ammetteva l'eventuale modifica dell'oggetto sociale in alternativa alla liquidazione dell'impresa, DESIDERIO, *op. cit.*, 1041.

¹⁰⁰ Deve perciò ritenersi preclusa la facoltà di deliberare su argomenti diversi, quali ad es. la trasformazione o fusione con un altro ente bancario.

¹⁰¹ A tal proposito, si osserva (BONFATTI, *Sub art. 94, cit.*, 1608) che il mutamento dell'oggetto sociale, conformato, fino al momento della sua modifica, allo svolgimento di un'attività d'impresa ormai preclusa, si approssima alla costituzione di una nuova e differente società.

¹⁰² DESIDERIO, *op. cit.*, 404. Conf. COSTI, *op. cit.*, 876.

Del resto, l'operatività di una banca non si limita all'esercizio dell'attività che la legge le riserva in via esclusiva (e cioè, *ex art. 10, co. 1, t.u.b.*, la raccolta collettiva del risparmio e l'erogazione del credito), ma si estende oramai a tutti i segmenti dell'intermediazione finanziaria. In tal senso, pertanto, l'impresa potrebbe chiedere ed ottenere l'iscrizione nell'elenco di cui all'art. 106 t.u.b.

¹⁰³ La decisione di mutare l'oggetto sociale appare perciò giustificarsi solo nel caso in cui residui, dopo l'esecuzione del concordato, un pur embrionale compendio aziendale ovvero permangano dei cespiti patrimoniali che consiglino la prosecuzione dell'impresa.

Nel caso in cui l'assemblea non deliberi la modifica dell'oggetto sociale (per mancato raggiungimento dei *quorum* costitutivo o deliberativo), il commissario dovrà procedere con le formalità necessarie alla cancellazione della società ed al riparto, tra i soci, dell'eventuale residuo attivo. In tal senso, pertanto, la mancata dismissione dell'attività bancaria determina la ripresa della procedura liquidatoria e condanna l'ente alla sua irreversibile dissoluzione.

11. La risoluzione e l'annullamento del concordato.

Colmando una delle più gravi lacune della legge bancaria¹⁰⁴, l'ultimo comma dell'art. 94 t.u.b. disciplina, rinviando all'art. 215 l.f.¹⁰⁵, la risoluzione e l'annullamento del concordato.

La previsione del rimedio risolutorio lascia perciò ipotizzare che, pur con le cautele previste in sede di approvazione e nonostante la supervisione degli organi della procedura, la proposta possa non trovare completa esecuzione. In tal caso, pertanto, entro un anno dalla scadenza dell'ultimo pagamento previsto dalla proposta, il commissario liquidatore o i creditori possono chiedere la risoluzione del concordato al tribunale che lo ha approvato, il quale pronuncia con sentenza, in esito ad un procedimento che segue il modello camerale delineato dall'art. 15 l.f. per l'istruttoria prefallimentare¹⁰⁶.

¹⁰⁴ DESIDERIO, *Sub art. 84*, cit., 1038 ss.

¹⁰⁵ Come è noto, la norma rievoca, in quanto compatibile, la disciplina dettata dagli artt. 137 e 138 l.f.: *supra*, III, 7.

¹⁰⁶ Ne consegue che, a seguito della presentazione dell'istanza di risoluzione, che assume la forma del ricorso, il Presidente del collegio designa il giudice relatore, fissa l'udienza, assegna alle parti un termine non inferiore a sette giorni prima dell'udienza per la costituzione in giudizio ed il deposito di documenti e relazioni tecniche, e convoca il ricorrente, il commissario (se non ricorrente), il proponente e la banca in l.c.a. (se non proponente). Tra la data della notificazione alle parti convocate, che deve curare il ricorrente, e quella dell'udienza deve decorrere un termine non inferiore a quindici giorni. La sentenza che risolve il concordato è reclamabile, ai sensi dell'art. 18 l.f., dinanzi alla Corte d'appello e, quindi, ricorribile per Cassazione.

Con riguardo alla seconda ipotesi di caducazione della proposta, l'art. 215 l.f. prevede che, su istanza dei soggetti anzidetti, il concordato possa essere annullato ogniqualvolta si scopra che sia stato dolosamente esagerato il passivo ovvero sia stata sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo. Anche in tal caso, trovano applicazione le disposizioni dettate in tema di risoluzione, rinvenendosi, quale unica differenza, il termine decadenziale entro cui presentare la domanda, qui indicato allo scadere dei sei mesi dalla scoperta del dolo e, in ogni caso, dei due anni dalla scadenza dell'ultimo adempimento previsto.

La sentenza che risolve od annulla il concordato determina la ripresa dell'*iter* liquidativo temporaneamente interrotto, senza che sia necessario un provvedimento dell'autorità di vigilanza che richiami in ufficio gli organi della procedura, le cui funzioni, si è detto, non vengono meno durante la fase di esecuzione.

CONCLUSIONI

All'esito dell'analisi fino a qui svolta, si ritiene di poter concludere che il concordato della liquidazione coatta amministrativa sia l'istituto che meno valorizza il ruolo dell'autonomia privata nella risoluzione della crisi d'impresa.

Del resto, il dissesto di un'impresa sottoposta a vigilanza pubblica non può ridursi ad un "affare privato" tra debitore e suoi creditori, ma dev'essere gestito, in ogni sua fase, in sede amministrativa, con la conseguenza che l'esercizio di qualunque forma di autonomia negoziale sconta, in ambito concordatario, il primato della tutela dell'interesse pubblico. Così è per il proponente, la cui libertà d'iniziativa soggiace al potere autorizzatorio dell'autorità che vigila sulla procedura, risultando perciò condizionata ad un giudizio discrezionale che ne accerti, *in primis et ante omnia*, la non contrarietà all'interesse generale. In tal senso, pertanto, si è definita la pretesa soggettiva all'attivazione dell'*iter* concordatario come diritto "condizionato" o diritto "in potenza", la cui traduzione "in atto" presuppone il rilascio del prescritto provvedimento autorizzativo.

La compressione dell'autonomia negoziale dei creditori – qui declinata come potere di autodeterminazione – si apprezza nella mancata previsione di una fase di deliberazione sulla proposta, che qualifica l'istituto come "coattivo" e ne costituisce, con tutta evidenza, l'elemento più caratterizzante. Questa sua peculiarità vale a dar prova dell'esistenza di una presunzione assoluta di incompatibilità del diritto di voto con l'interesse tutelato dall'autorità amministrativa: l'assenza di una votazione sulla proposta, si è visto, risponde all'esigenza di evitare che una deliberazione negativa dei creditori vanifichi in radice, e senza possibilità di diversa valutazione, una soluzione compositiva autorizzata dall'organo di vigilanza e perciò giudicata conforme all'interesse pubblico.

L'elemento della "coattività" agevola il successo del concordato, giacché lo sottrae alla "tirannia" della maggioranza, ma non lo assicura, giusta la previsione, in capo ai creditori (e agli altri interessati), del potere di opporsi alla sua approvazione. A tal proposito, si è dato conto di come l'opposizione prevista dall'art. 214 l.f. sia fundamentalmente diversa dall'opposizione all'omologazione del concordato fallimentare. Nello specifico, si è rilevato come l'opposizione fondata sulla convenienza della proposta, non risentendo delle limitazioni prescritte dall'art. 129, co. 5, l.f., si atteggi come un diritto "diffuso", spettante cioè a ciascun creditore, a prescindere dall'entità del credito vantato o dall'inserimento in una determinata classe.

La natura non deliberativa dell'istituto finisce così, addirittura, per facilitare l'accesso ad un controllo giudiziale sul merito della proposta e garantisce al singolo creditore una tutela persino maggiore di quella che possono offrire i concordati approvati secondo la regola della maggioranza. Un assunto, questo, che – trovando riscontri tanto nell'espressa previsione, in capo al giudice, del dovere di decidere (anche) sulle opposizioni, quanto nella giurisprudenza di legittimità, ferma nel negare che la conservazione dell'attività d'impresa legittimi il sacrificio dei diritti dei creditori – conferma come la privazione del diritto di voto non si traduca in una menomazione dei diritti dei creditori. Piuttosto, l'assenza di votazione ed il doppio livello di validazione, sia amministrativo che giurisdizionale, dovrebbero garantire che nella l.c.a. siano sempre approvate le proposte qualitativamente migliori, ossia quelle che, ad un tempo, consentono la sopravvivenza dei valori aziendali e riconoscono al ceto creditorio la più alta percentuale conseguibile.

In un contesto simile, si è poi inserito l'intervento "adeguatore" del decreto "correttivo", a cui va riconosciuto il merito di aver dato nuova linfa all'istituto.

L'estensione della legittimazione attiva a creditori e terzi ed il riconoscimento – giusto il generico rinvio all'art. 124 l.f. – della generale atipicità dei contenuti dell'offerta sono indici evidenti del *favor* che, anche nella l.c.a., il legislatore riserva per il concordato, per

essere uno strumento che consente di comporre la crisi d'impresa attraverso il risparmio di tempo (e risorse) ed il recupero al mercato delle unità produttive.

Operando in tal senso, la riforma ha delineato un istituto più flessibile ed aperto a soluzioni provenienti da privati, confermando come la rilevanza "pubblica" dell'impresa sottoposta a l.c.a. sia compatibile con le regole della circolazione dell'azienda insolvente.

Ad ogni modo, però, questa compatibilità con le logiche del mercato non può essere affermata incondizionatamente. D'altra parte, se è vero che la natura dell'impresa non preclude la devoluzione a terzi del suo patrimonio produttivo, è pur vero che la particolare finalità economica e sociale che la legge le riconosce richiede la permanenza, in sede *post* concordataria, della destinazione di quel patrimonio allo specifico settore in cui l'impresa operava. Nel contesto in esame, pertanto, deve ritenersi che ogni forma di circolazione del compendio aziendale non sia subordinata soltanto ad una valutazione positiva delle condizioni patrimoniali e delle garanzie di adempimento del proponente, ma anche all'accertamento della sua capacità di realizzare le finalità che caratterizzavano l'attività di quell'impresa, continuando nel perseguimento dell'oggetto sociale interrotto per effetto del decreto di apertura.

La prospettiva sino a qui considerata muta radicalmente nel concordato bancario di liquidazione. In tal caso, infatti, tanto la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria connessa al decreto che dispone, nei confronti della banca, la liquidazione coatta, quanto la necessità che l'assemblea deliberi il mutamento dell'oggetto sociale originario, incidono, inevitabilmente, su qualunque prospettiva di continuità aziendale, conferendo all'istituto un carattere tipicamente liquidatorio.

Il concordato bancario non ha l'effettiva finalità di salvare l'impresa creditizia, ma piuttosto quella di favorire l'eliminazione dell'insolvenza, in vista di una più rapida conclusione della procedura. In tal senso, pertanto, la previsione di un concordato quale possibile modalità conclusiva della l.c.a. (bancaria) non apporta deroghe alla funzione

istituzionale della procedura, ma fornisce soltanto una soluzione, l'unica, per evitare l'estinzione del soggetto passivo.

La neutralità dell'istituto nei confronti della finalità della procedura è positivamente attestata dalla sua inidoneità a determinarne la chiusura, che dimostra, meglio di ogni altra costruzione dottrinale, come il concordato *de quo* non si sostituisca alla vicenda liquidativa dell'impresa, ma ne costituisca una fase eventuale, una differente forma di liquidazione eccezionalmente compatibile con la sopravvivenza giuridica dell'ente che decida di operare al di fuori del mercato creditizio.

A livello normativo, sono tangibili i progressi compiuti dal legislatore bancario per "rivitalizzare" l'istituto. Da un lato, l'estensione della legittimazione attiva suona come riconoscimento dell'ampia gamma delle attività esercitabili dalla banca e dell'interesse che questa può avere a conservare la propria organizzazione mediante opportune operazioni di ristrutturazione che le consentano la prosecuzione di quelle non bancarie (p.es. finanziarie). Dall'altro lato, la facoltà di pagare parzialmente i crediti privilegiati, la cedibilità dell'attivo concorsuale e delle azioni di pertinenza della massa e, più in generale, la libertà di articolazione della proposta agevolano il reperimento di soluzioni che contemperino gli interessi dei privati (creditori o terzi assuntori) con l'interesse alla funzionalità del sistema creditizio.

Discorrendo dei possibili contenuti dell'offerta, si è riposta particolare attenzione alla figura del concordato con assunzione, per essere la sola che, al momento, trova dei riscontri applicativi. Il *favor* che la prassi riserva – e, con tutta probabilità, riserverà – a questa fattispecie non stupisce e si fonda su precisi referenti normativi. A tal proposito, non può sottacersi la convinzione, maturata nel corso della trattazione, che, nel disciplinare l'istituto, il legislatore avesse nella mente proprio (e forse soltanto) il concordato con assuntore: diversamente, infatti, non si spiegherebbe perché sia questa l'unica ipotesi esaustivamente regolata e, soprattutto, perché, in sede di esecuzione, si affidi al

commissario liquidatore un compito di alta sorveglianza che, giusto il protrarsi dello spossessamento per tutta la fase esecutiva, non può che sottintendere la cessione dell'attivo ad un terzo che si obblighi, di converso, ad eseguire i pagamenti concordatari.

Come si è detto, la cessione per concordato delle attività della liquidazione, come l'assunzione delle passività, può essere totale o parziale e può avvenire in favore di soggetti autorizzati o meno all'esercizio dell'attività creditizia.

L'ipotesi di un rilievo totale dell'attivo da parte di un altro istituto di credito è quella che avvicina maggiormente il concordato alla cessione di attività e passività (art. 90, co. 2, t.u.b.) poiché potrebbe consentire, con un risultato del tutto identico a quello che può garantire il trasferimento dell'azienda bancaria, la salvaguardia dell'organizzazione dell'impresa (in specie, dei livelli occupazionali) e la prosecuzione delle sue attività fondamentali.

D'altra parte, però, non può negarsi che, in tal caso, il ricorso al concordato, pur avendo il pregio di dar voce ai creditori e agli azionisti della banca "ceduta", finirebbe per essere superfluo e persino controproducente, dato che i tempi richiesti dalla procedura concordataria introdurrebbero nell'operatività della banca una soluzione di continuità che porterebbe alla chiusura degli sportelli bancari ed alla conseguente ed inevitabile dispersione dei residui valori aziendali.

Tanto considerato, calando il concordato nella sua reale dimensione di istituto alternativo alla chiusura per riparto finale, e non alla cessione "in blocco" del compendio aziendale, sembrano comunque innegabili le utilità che una sua applicazione potrebbe dispiegare in termini di definitiva attenuazione della responsabilità patrimoniale della (ex) banca e di riduzione dei tempi della procedura.

BIBLIOGRAFIA

ARMELI, *Il procedimento di liquidazione coatta bancaria*, Milano, 2014.

BATTAGLIA, *Sub art. 214*, in *Il nuovo diritto fallimentare: commento al R.D. 16 marzo 1942, n. 267*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2007.

BAVETTA, *Gli organi della procedura: l'autorità amministrativa di vigilanza e il commissario liquidatore*, in *Le procedure concorsuali. Procedure minori*, a cura di Tedeschi, Torino, II, 2001.

BAVETTA, *La liquidazione coatta amministrativa*, Milano, 1974.

BELVISO, *Il trasferimento dell'azienda bancaria nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 1972, 338 ss.

BELVISO, *Tipologia e normativa della liquidazione coatta amministrativa*, Napoli, 1974.

BIANCA, *Eccessiva durata della liquidazione coatta amministrativa: arriva la prima (ed ultima?) condanna della Corte eur. dir. uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1108 ss.

BOCCUZZI, *La liquidazione coatta amministrativa*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, V, 2016.

BONFANTE, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2008.

BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 3[^] ed., 2009.

BONFATTI, *La liquidazione coatta della banca*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, a cura di Vassalli-Luiso-Gabrielli, Torino, IV, 2014.

BONFATTI, *La liquidazione coatta delle banche e degli intermediari in strumenti finanziari. Presupposti oggettivi e soggettivi*, Milano, 1998.

BONFATTI, *Sub art. 94, Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, Padova, 2017.

BONSIGNORI, *Liquidazione coatta amministrativa*, in *Comm. Scialoja-Branca, Legge fallimentare (artt. 194-215)*, a cura di Bricola, Galgano, Santini, Bologna-Roma, 1974.

BRACCAGNI, *Sulla natura giuridica del concordato delle imprese sottoposte a l.c.a.*, in *Dir. fall.*, 1964, 5 ss.

BUCCARELLA, *Il concordato fallimentare, coattivo e straordinario*, Milano, 2016.

CANNAVÒ, *Liquidazione coatta amministrativa e concordato nelle società cooperative*, Milano, 2010.

CARNELUTTI, *Espropriazione del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 1, 676 ss.

CASTIELLO D'ANTONIO, *La chiusura della liquidazione coatta amministrativa della capogruppo e delle società partecipanti al gruppo*, in *La crisi del gruppo bancario*, a cura di Bavetta, Milano, 1997, 179 ss.

CASTIELLO D'ANTONIO, *Le liquidazioni coatte amministrative*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, a cura di Vassalli, Luiso, Gabrielli, IV, Torino, 2014.

CASTIELLO D'ANTONIO, *Le società nelle procedure concorsuali amministrative*, in *Diritto concorsuale amministrativo*, Padova, 1997.

CERCONE, *L'insolvenza delle banche tra nuove questioni processuali e consolidati indirizzi di merito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, 323 ss.

CERCONE, *Sub art. 92*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, Padova, 2017.

COSTA, *Sub art. 213*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino, III, 2010.

COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 6^a ed., 2017.

D'ALESSANDRO, *Interesse pubblico alla conservazione dell'impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Giur. Comm.*, 1984, I, 53 ss.

D'ORAZIO, *L'interesse economico omogeneo nella formazione delle classi fra autonomia negoziale e controllo di merito*, in *Giur. merito*, 2009, IV, 982 ss.

DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956.

DE MARTINI, *Singolari aspetti del concordato di società in liquidazione coattiva*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, II, 121 ss.

DEL VECCHIO, *La liquidazione coatta amministrativa: in generale, delle assicurazioni e delle banche*, Milano, 1998.

DEPETRIS, *Concordato bancario di liquidazione: qualificazione giuridica, contenuto del potere decisorio del giudice dell'omologazione, termine di prescrizione per il ritiro delle somme depositate*, in *Dir. fall.*, 2018, IV, 1265 ss.

DESIDERIO, *Il concordato di liquidazione*, in *La gestione delle crisi bancarie*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, a cura di Morera e Nuzzo, Milano, III, 1996.

DESIDERIO, *La liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito*, Milano, 1981.

DESIDERIO, *Sub art. 83*, in *Codice commentato della Banca: disciplina generale*, Milano, II, 1990.

DESIDERIO, *Sub art. 84*, in *Codice commentato della Banca: disciplina generale*, Milano, II, 1990.

DI BRINA, *Sub art. 93*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, Padova, 2017.

DI IULIO, *Il nuovo concordato coattivo*, in *L'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Ghia, Piccininni, Severini, Torino, V, 2010.

DI SABATO, *Fallimento ed estinzione delle società di capitali*, Napoli, 1969.

FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fall.*, 2009, 437 ss.

FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009.

FAUCEGLIA, *Concordato fallimentare e liquidazione coatta amministrativa*, in *Dir. fall.*, 2009, II, 201 ss.

GALANTI, *Il concordato di liquidazione*, in *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, a cura di Copolino-Coscia-Galanti, Padova, 2008.

GALANTI, *La crisi degli enti creditizi nella giurisprudenza: la liquidazione coatta amministrativa*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, Roma, 1991.

GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2007.

LASCARO, *Il concordato nelle procedure concorsuali amministrative*, Padova, 2000.

LONGOBARDI, *Crisi dell'impresa ed intervento pubblico*, Milano, 1985.

MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013.

MAZZOCCA, *Manuale di diritto fallimentare*, Napoli, 1996.

MORARA, *Aspetti del concordato nella procedura di liquidazione coatta amministrativa*, in *Fall.*, 2002, 97 ss.

MURTULA, *Sull'organo legittimato a proporre il concordato nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Dir. fall.*, 1972, II, 342 ss.

NAVARRINI, *A proposito del concordato nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Dir. Fall.*, 1946, I, 5 ss.

NICCOLINI, *Interessi pubblici e interessi privati nell'estinzione di società*, Milano, 1990.

NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 4^a ed., 2017.

NIGRO, *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Torino, IX, 2, 1993.

NORELLI, *La sistemazione dell'insolvenza attraverso il nuovo concordato fallimentare*, in *Riv. esec. forz.*, 2006, 279 ss.

PAJARDI-PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 7^a ed., 2009.

PALUCHOWSKI, *I poteri del tribunale in sede di ammissione e nel corso della procedura di concordato preventivo, con particolare riferimento alle ipotesi di conversione della procedura in fallimento*, in *Dir. fall.*, 2006, II, 595 ss.

PLATANIA, *Sub art. 214*, in *Codice Commentato del Fallimento*, diretto da Lo Cascio, Milano, 2008.

PRESTI-RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 8^a ed., 2017.

PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, IV, 1974.

RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, Napoli, 1974.

RENZETTI, *Osservazioni sulla proposta di concordato dell'impresa in liquidazione coatta amministrativa*, in *Giust. civ.*, 1989, I, 372 ss.

RICCI, *Liquidazione coatta amministrativa con residuo attivo: quid faciendum?*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 263 ss.

ROSSI, *Appunti su definitività ed efficacia del decreto di omologazione del concordato fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2018, V, 860 ss.

RUTA, *Il sistema della legislazione bancaria*, Roma, 1975.

SATTA, *Diritto Fallimentare*, Padova, 3^a ed., 1996.

SPARANO, *La chiusura del fallimento e il completamento della liquidazione coatta amministrativa*, Padova, 1994.

STANGHELLINI, *Risoluzione, bail-in, e liquidazione coatta: il processo decisionale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, II, 2016, 567 ss.

STANGHELLINI, *Sub art. 124*, in *Il nuovo diritto fallimentare: commento al R.D. 16 marzo 1942, n. 267*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2007.

STASI, *Sub art. 214*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, Torino, 2009.

STELLA, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale. Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del d.lgs. 180/2015 e del d.l. 99/2017 cd. "Banche venete"*, Roma, 2017.

TARZIA, *La cessione delle azioni revocatorie prima e dopo la riforma*, in *Fall.*, 2008, 861 ss.

TERENGI, *La revocabilità della proposta di concordato nell'amministrazione straordinaria*, in *Fall.*, 2009, 227 ss.

TERRANOVA, *Lo stato di insolvenza*, Torino, 1998.

TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010.

TOMASSO, *Affinità e difformità tra il concordato fallimentare e quello nella liquidazione coatta amministrativa*, in *Fall.*, 2013, 849 ss.

TOMASSO, *Concordato fallimentare e coattivo: obbligatorietà della relazione di stima e infalcidiabilità dei crediti prededucibili*, in *Fall.*, 2017, 814 ss.

TOMASSO, *Concordato nella l.c.a. (e nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza), conservazione o liquidazione ed interesse dei creditori*, in *Fall.*, 2008, 897 ss.

TOMASSO, *Il concordato nella liquidazione coatta amministrativa dopo le riforme della legge fallimentare e la garanzia patrimoniale ex art. 2740 cc.*, in *Giur. comm.*, 2007, IV, 1182 ss.

TOMASSO, *Interesse pubblico nel concordato ex art. 214 l.f. e modificazione della proposta in sede di reclamo*, in *Fall.*, 2011, 207 ss.

TOMASSO, *La difficile ricerca di una durata standard delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2011, 429 ss.

TOMASSO, *La riforma del concordato nella liquidazione coatta amministrativa e nell'amministrazione straordinaria ad opera del decreto correttivo*, in *Fall.*, 2008, 110 ss.

TRICOMI, *I concordati nelle procedure concorsuali "amministrative"*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 42 ss.

TRISORIO LIUZZI, *Cessione delle azioni di massa nel fallimento*, in *Fall.*, 2009, 774 ss.

TUSINI COTTAFANI, *La liquidazione coatta amministrativa*, in *La crisi dell'impresa bancaria. Profili economici e giuridici*, Milano, 1998.

VATTERMOLI, *La "cessione" delle revocatorie*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 448 ss.

VATTERMOLI, *Le cessioni «aggregate» nella liquidazione coatta amministrativa delle banche*, Milano, 2001.

ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010.

RINGRAZIAMENTI

Giunto al termine di questo lavoro, desidero ringraziare il mio relatore, il prof. Castagnola, per l'eccezionale cortesia e disponibilità dimostratemi, ed il mio correlatore, il dott. Di Girolamo, per avermi sapientemente guidato durante l'intera stesura dell'elaborato.